

**RECHTSFIGUREN DER SELBSTBEDIENUNG
IM ZIVILRECHT**

Andrea Schmidt

Rechtsfiguren der Selbstbedienung im Zivilrecht

(Versuch eines Vergleichs verschiedener Selbstbedienungsf
ormen im gewerblichen Güteraustausch: Warenautomaten,
Selbstbedienungsläden, Selbstbedienungstankstellen, Kauf
via Bildschirmtext)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Andrea Schmidt

1985

Referent: Professor Dr. Heldrich
Korreferent: Professor Dr. Canaris
Tag der mündlichen Prüfung:
26. Juli 1985

Gliederung

	Seite
Einleitung	1
1. Kapitel: Selbstbedienung als faktischer Vertragsschluß?	5
I) Relevanz der Lehre vom faktischen Vertrag für die Formen der Selbstbedienung	6
II) Skizzierung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen	7
III) Ursachen der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen	8
IV) Kritische Betrachtung	10
1) Die Entscheidungen des BGH	10
2) Die Behandlung von Willensmängeln	15
3) Dogmatische Kritik	16
4) Lösungsvorschlag für die problematischen Fallgruppen	23
5) Ergebnis	24
2. Kapitel: Rechtsverhältnisse beim Kauf mittels Warenautomaten	25
1. Teil: Das Automatengeschäft	25
A) Qualifizierung des Kaufs am Automaten	25
I) Darstellung der unterschiedlichen Meinungen	26
II) Rechtsfolgen	27
III) Beispiele typischer Vertragsstörungen	27
1) Defekter oder leerer Automat	27

	Seite
2) Schlechterfüllung des Automaten	29
3) Automatenmißbrauch	30
IV) Rechtfertigung der herrschenden Meinung	31
B) Abschluß des Kaufvertrages	35
I) Die Vertragspartner	35
II) Das Vertragsangebot	36
1) Angebot des Automatenaufstellers	36
2) Angebot ad incertas personas	40
3) Bedingtes Angebot	40
a) Leerer oder defekter Automat	41
b) Mißbrauch des Automaten	43
III) Die Vertragsannahme	47
1) Das Problem	47
2) Stellungnahme	49
IV) Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	50
V) Anfechtung des Kaufvertrags	51
C) Die dingliche Seite des Automaten- geschäfts	52
I) Übereignung des Kaufpreises	52
II) Übereignung der Ware	53
1) Die dingliche Einigung im Sinne von § 929 BGB	54
2) Die Übergabe im Sinne von § 929 BGB	56
3) Gefahrtragung	61
2. Teil: Gegenseitige Ansprüche der Parteien des Automatengeschäfts bei typischen Ver- tragsstörungen	61

	Seite
A) Mangelhafte Vertragserfüllung durch den Automaten	61
I) Ohne Verschulden des Automatenbetreibers	61
II) Verschulden des Automatenbetreibers	62
B) Defekter oder leerer Automat	63
I) Erkennbarkeit des Defekts	63
II) Mangelnde Erkennbarkeit des Defekts	63
C) Mißbräuchliche Benutzung des Defekts	65
I) Offenkundiger Mißbrauch	65
II) Nichterkennbarer Mißbrauch	66
3. Kapitel: Rechtsverhältnisse in Selbstbedienungsläden	68
1. Teil: Vertragsschluß im Selbstbedienungsladen	68
A) Qualifizierung des Kaufvertrages im Selbstbedienungsladen	68
I) Mangelhafte Ware	68
II) Bezahlen mit Falschgeld	69
III) Der registrierte Rechnungsbetrag übersteigt die vom Kunden mitgeführte Bargeldsumme	70
IV) Resümee	73
B) Der Kaufvertrag	73
I) Die Vertragspartner	73
II) Abschluß des Kaufvertrages	74
1) Zeitpunkt des Vertragsschlusses	74

	Seite
2) Angebot und Annahme	77
3) Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	80
a) § 2 I Nr. 1 Fall 2 AGBG	80
b) Schadensersatzansprüche gegen den "Dieb" aufgrund von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	81
aa) Der "Dieb" vermeidet jeglichen Kontakt mit der Kasse	82
bb) Der "Dieb" bezahlt nur einen Teil der Waren an der Kasse	83
4) Anfechtungsmöglichkeiten	85
C) Übereignung von Ware und Geld	85
I) Übereignungstatbestände	85
II) Gefahrtragung	90
2. Teil: Vertragsstörungen	90
A) Verschuldete Beschädigung, Zerstörung oder Entwendung der Ware	90
I) Beschädigung oder Zerstörung	90
II) Entwendung	91
B) Unverschuldete Beschädigung	91
C) Der Rechnungsbetrag übersteigt den vom Käufer mitgeführten Bargelddbetrag	91

	Seite
4. Kapitel: Rechtsverhältnisse an Selbstbedienungs- tankstellen	93
1. Teil: Vertragsschluß beim Selbstbedienungs- tanken	93
A) Qualifizierung	93
B) Der Kaufvertrag	95
I) Die Vertragspartner	95
II) Der Vertragsschluß	95
1) Zeitpunkt des Vertrags- schlusses	96
2) Angebot und Annahme	98
3) Angebot, solange der Vorrat reicht	105
4) Einbeziehung von Allgemei- nen Geschäftsbedingungen	105
5) Anfechtungsmöglichkeiten	105
a) Tanken der falschen Kraft- stoffsorte	105
b) Falsche Preisauszeichnung	106
III) Übereignungstatbestände	106
1) Übereignung des Kraftstoffes	106
a) Dingliche Einigung an der Zapfsäule unter der Bedin- gung der späteren Kaufpreis- zahlung	106
b) Dingliche Einigung im Kassenraum	107
c) Unbedingter Eigentumswech- sel an der Zapfsäule	108
2) Übereignung des Kaufpreises	115
3) Gefahrtragung	115
IV) Strafrechtliche Aspekte	116

	Seite
2. Teil: Vertragsstörung	118
3. Teil: MÜnztankstellen	118
5. Kapitel: Rechtsverhältnisse des Mediums Bild- schirmtext	119
1. Teil: Vertragsschluß via BTX	120
A) Das obligatorische Rechtsgeschäft	120
I) Berührte Zivilrechtsbereiche	120
II) Rechtfertigung einer Unter- suchung zum Vertragsschluß via Btx - Vergleich mit dem Vertrags- schluß im Versandhandel	120
III) Das Vertragsangebot	123
1) Vergleich mit anderen Selbst- bedienungsformen	123
2) Willenserklärungen einer EDV-Anlage	124
3) Bindendes Angebot oder bloße invitatio ad offerendum	124
IV) Zeitpunkt des Vertragsschlusses	128
1) BTX-Dialog mit externen Rechnern	129
2) BTX-Dialog ohne externe Rechner	135
V) Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	138
1) Schriftliche und telefonische Bestellungen	138

	Seite
2) Besonderheiten des BTX-Verkehrs	139
a) § 2 I Nr. 1 AGBG	139
b) § 2 I Nr. 2 AGBG	140
3) BTX-Bestellung anhand eines Katalogs	146
4) Nachträgliche Einbeziehung	147
VI) Anfechtungsmöglichkeiten	147
.B) Besonderheiten für Abzahlungskäufe	149
I) Abzahlungskäufe via BTX ohne Katalog	149
1) § 1 a AbZG	150
a) Voraussetzungen des § 1 a I Satz 2 AbZG	150
b) Vertragsschluß ohne vorhergehende mündliche Verhandlung	151
c) BTX-Programm als Verkaufsprospekt im Sinne von § 1 a IV AbZG	151
2) § 1 b AbZG	154
a) Widerrufsrecht	154
b) Rückgaberecht	159
3) § 1 d AbZG	160
II) Abzahlungskäufe via BTX mit gleichzeitig vorliegendem, herkömmlichen Katalog	160

	Seite
2. Teil: Vertragsstörungen	160
A) Divergenz von Angebot und Annahme	160
B) Unberechtigte Benutzung des Bildschirms für BTX-Bestellungen	161
I) Dogmatische Einordnung	162
II) Rechtsfolgen	163
1) Mißbrauch durch Familienangehörige	163
2) Mißbrauch durch Dritte	164
a) Anscheinsvollmacht oder Sekundäransprüche	164
b) Schutzwürdiges Vertrauen einer EDV-Anlage	169
c) Risikoverteilung zwischen BTX-Anbieter und -teilnehmer	170
aa) BTX-Teilnehmeranschluß als Zurechnungskriterium	172
bb) Anstoß in Richtung des allgemeinen Rechtsverkehrs	175
III) Beweisfragen	176
C) Haftung für technisch bedingte Störungen im BTX-System	183

Einleitung

"Es gibt Veränderungen in der Welt der Wirtschaft, die dann Veränderungen in der Welt des Rechts erzwingen." Diese Einsicht Erich Schneiders¹⁾ sei Leitsatz der folgenden Untersuchungen.

Das gesamte Wirtschaftsleben wird nicht erst seit heute vom Streben nach Rationalisierung beherrscht. Als die Menschen der Steinzeit sich Werkzeuge schufen, war dies ein Akt der Rationalisierung.²⁾ Und die vielzitierten Fließbänder des ausgehenden 19. Jahrhunderts in den Schlachthöfen von Chicago wurden in der Tat "zum Symbol".³⁾ Weshalb aber sind die diversen Formen der Selbstbedienung beim gewerblichen Güteraustausch typische Ausdrucksformen einer Rationalisierung? Als Rationalisierung bezeichnet man "alle methodisch - also rational - geleiteten Maßnahmen, die den Zweck haben, Leistungen mit einem gegenüber früheren Zuständen geringeren Kraft-, Zeit- oder Kosteneinsatz zu erzielen".⁴⁾

"Unter Selbstbedienung verstehen wir jenes System im Detailhandel, bei welchem der Käufer ohne die Anwesenheit eines Verkäufers die gewünschte Ware selbst auswählt und zu sich nimmt und mit einer Verkaufsperson erst und lediglich dann in Berührung kommt, wenn er seine Auswahl abgeschlossen hat und den seinem Einkauf entsprechenden

-
- 1) Raiser-Sauermann-Schneider, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaften zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Berlin 1964, S.217
 - 2) Zuther, Die Auswirkung der Rationalisierung im Rechtsverkehr auf die Abgabe und Anfechtung von Willenserklärungen, Hamburg 1968, S.1
 - 3) R. Schmidt, AcP 166, 2
 - 4) Kunze, Art. Rationalisierung, im HdB, Bd.3, Stuttgart 1960, zitiert nach R. Schmidt, a.a.O.

Preis erlegt".⁵⁾ Diese Umschreibung ist jedoch zu eng. Denn perfekte Form der Selbstbedienung ist sicher der Erwerb von Waren aus einem Automaten; dort aber kommt der Käufer mit der Person des Verkäufers überhaupt nicht in Berührung. Kennzeichnend für die Selbstbedienung beim gewerblichen Güteraustausch ist demnach, daß der Käufer die Entscheidung über den Warenaustausch alleine, ohne individuellen Kontakt mit dem Verkäufer trifft, sowie zusätzlich bei einigen Selbstbedienungsformen, daß dem Käufer - abweichend von der herkömmlichen Aufgabenverteilung bei der Abwicklung des Kaufgeschehens - Aufgaben des Verkäufers übertragen werden (insbesondere die Übergabe der Kaufsache). Der erreichte Grad der Selbstbedienung ist bei den verschiedenen Verkaufsformen unterschiedlich: je ausgeprägter die Mechanisierung des Verkaufsvorgangs ist, desto reiner ist die Selbstbedienung verwirklicht. Selbstbedienung ist Rationalisierung, weil der für den Austausch von Massenartikeln (des täglichen Lebens) zeitraubende und damit auch besonders kostenintensive, individuelle Kontakt bei oder vor Abschluß des Kaufvertrages (und dessen Erfüllung) durch die zeitsparende und weniger aufwendige selbstständige Entscheidung des Käufers ersetzt wird; die personenintensive und damit angesichts der Personalkosten teure Handreichung der Kaufsache seitens des Verkäufers weicht dem selbständigen Ansichnehmen der Ware durch den Käufer.

Wie in allen anderen Lebens- und Wirtschaftsbereichen dringt auch im gewerbsmäßigen Güteraustausch die Rationalisierung immer weiter voran. "Wenn nicht die Anzeichen trügen, stehen wir nicht am Ende, sondern erst am Anfang

5) Vgl. Steffen, Selbstbedienung - wo und warum?, in Verpackung und Transport, Heft 3, Zürich 1950, S.5, zitiert nach Stehlin, Der Wandel des Verkaufssystems im Detailhandel unter besonderer Berücksichtigung der Selbstbedienung, Basel 1955, S.17

einer Entwicklung".⁶⁾ Insbesondere werden zunehmend nicht nur Vorgänge niederer Ordnung, sondern auch solche höherer Ordnung rationalisiert, mechanisiert und automatisiert.

Rationalisierungsmaßnahmen beeinflussen die Rechtsordnung in unterschiedlicher Weise. Einmal können sie eine rechtliche Vereinfachung, eine erleichterte Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften begründen. Ausdrucksform hierfür ist die Vereinheitlichung der Einzelverträge im heutigen Massenverkehr; manches wird über einen Kamm geschoren, "was früher, in behaglicheren Zeiten, vielleicht gelegentlich individueller, dafür aber auch viel langsamer und teurer, einzeln geregelt wurde".⁷⁾ Diese Vereinheitlichung erleichtert und beschleunigt die Rechtsfindung.⁸⁾ Andererseits können Rationalisierungsmaßnahmen auch neue Rechtsprobleme aufwerfen. Wie sich verschiedene herausragende Formen der Selbstbedienung im gewerbsmäßigen Gütertausch, also Rationalisierungsmaßnahmen im Verkaufsgeschäft, in das Privatrecht einfügen, dies zu untersuchen ist Ziel der folgenden Darstellung. Es soll geprüft werden, inwieweit die neuen (und auch älteren) Selbstbedienungsformen problemlos durch das geltende Privatrecht bewältigt werden können, ob bestimmte gesetzliche Regelungen insoweit hinfällig werden, ob Analogieschlüsse notwendig und möglich sind oder ob Maßnahmen des Gesetzgebers erforderlich sind. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß das Privatrecht den technischen Fortschritt nicht hemmen darf, sondern unterstützen soll. Dies geschieht am effektivsten dadurch, "daß Gesetze nur insoweit geschaffen werden, als sich die Wirtschaft nicht

6) Köhler, AcP 182, 128

7) Schütz, JZ 61, 105

8) wenn auch möglicherweise gleichzeitig mit neu entstehenden Rechtsproblemen verbunden, wie etwa das AGBG zeigt; s. hierzu im folgenden

selbst helfen kann".⁹⁾ Allerdings darf der technische Fortschritt und die Rationalisierung nie zu Lasten schutzwürdiger Interessen der Allgemeinheit oder einzelner Dritter gefördert werden. Im Hinblick auf diesen möglichen Interessengegensatz stellt nicht nur die Automatisierung, sondern allgemein die Rationalisierung in allen Lebensbereichen, also auch für den gewerblichen Gütertausch eine "Herausforderung des Privatrechts" dar.¹⁰⁾

9) Schütz, a.a.O., S.111

10) Köhler, a.a.O., S.129

1. Kapitel:

Selbstbedienung als faktischer Vertragsschluß?

I) Relevanz der Lehre vom faktischen Vertrag für die Formen der Selbstbedienung

Günter Haupt¹⁾, der Begründer der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, hat seine Theorie für die Fallgruppe der sozialen Leistungsverpflichtung²⁾ an den rechtsgeschäftlichen Kontakten im Bereich der Daseinsfürsorge entwickelt.³⁾ Bereits er selbst aber stellt fest, daß die von ihm aufgezeigte Schwierigkeit der Einordnung einer vertraglichen Beziehung in das herkömmliche, rechtsgeschäftliche Vorstellungsbild stets dort auftaucht, "wo die Notwendigkeit der massenhaften Bewältigung gleichartiger Leistungen zu einer typisierten Mechanisierung der Geschäftsabwicklung geführt hat".⁴⁾ Auch in der anschließenden Diskussion kristallisierte sich heraus, daß die Frage nach dem Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses für alle Leistungsbeziehungen des Massenverkehrs gestellt werden muß.⁵⁾ Da Wesen und Zweck der Selbstbedienung gerade darin bestehen, eine Leistung

1) Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941

2) a.a.O., S.21ff.; Hauptunterschied bei den faktischen Vertragsverhältnissen solche kraft sozialen Kontakts, kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis und kraft sozialer Leistungsverpflichtung, vgl. a.a.O., S.9. Zum Problembereich faktischer Vertragsverhältnisse wird heute nur noch die letzte Fallgruppe gezählt.

3) a.a.O., S.22

4) a.a.O., S.28

5) Vgl. Lorenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, S.492; Flume, BGB, Allgemeiner Teil, S.95; Nipperdey, MDR 1957, S.129; Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, in Festschrift für OLG Celle, S.265; Börner, Faktische Verträge im Energierecht, in Festschrift für Nipperdey I, 1965, S.203; Kellmann, NJW 1971, S.267; BGH, MDR 1957, S.151

so allgemein anzubieten, daß jedermann⁶⁾ selbst zugreifen kann, um die Abwicklung der massenweise in Erscheinung tretenden Leistungsaustauschbeziehungen durch Automatisierung und Mechanisierung zu erleichtern, ist die genannte Problematik auch für die hier zu behandelnden Figuren der Selbstbedienung von Bedeutung.⁷⁾ Basiert etwa das rechtliche Band zwischen Automatenbetreiber und -benutzer auf dem Austausch von Willenserklärungen oder auf bloßem sozialem Kontakt? Tritt der sechsjährige Schulanfänger, der im Selbstbedienungsladen Süßigkeiten kauft, kraft sozialtypischen Verhaltens⁸⁾ in vertragliche Beziehungen zum Ladeninhaber? Wird der Autofahrer, der sich

-
- 6) bzw. ein zumindest nicht ohne weiteres überschaubarer Personenkreis
- 7) Larenz (NJW 56, 1900 a.E.) wirft ausdrücklich die Frage auf, ob das Automatengeschäft und der Kauf im Selbstbedienungsladen mit Hilfe der Kategorie des sozialtypischen Verhaltens zu erfassen sei.
- 8) Die Begriffe "faktische Vertragsverhältnisse" - wie Haupt seine Lehre benannt hat - und "Schuldverhältnisse kraft sozialtypischen Verhaltens" - unter dieser Bezeichnung hat Larenz die Theorie fortgeführt - sollen hier synonym verwendet werden. Nach Auffassung Larenz' unterscheidet sich seine Theorie von der von Haupt begründeten Lehre (vgl. Larenz, a.a.O., S.493; DRiZ 1958, S.246f.). Daran ist richtig, daß Larenz sich auf die Vorgänge des Massenverkehrs beschränkt; es ist heute aber anerkannt, daß die Fallgruppen der fehlerhaften Arbeit und Gesellschaft sowie des sozialen Kontakts anderweitig zu lösen sind. Larenz meint weiter, als rechtlich entscheidendes Moment stelle er im Gegensatz zu Haupt nicht das Faktum, sondern dessen sozialtypischen Sinn in den Vordergrund. Mit dieser Behauptung wird er Haupt nicht ganz gerecht. Zwar können nach Haupt (a.a.O., S.9) Vertragsverhältnisse durch tatsächliche Vorgänge begründet werden, Haupt löst aber diese normative Kraft des Faktischen nicht von dem Verständnis, das diesem Faktischen in der Verkehrsanschauung zukommt, ab. Wenn die Wirklichkeit Vertragspartner einander zuordnet (so Haupt, a.a.O., S.28), so heißt dies nichts anderes, als daß in der Wirklichkeit ein bestimmtes Lebensverhältnis eben als

lautstark weigert, den seiner Ansicht nach überhöhten Benzinpreis zu bezahlen, gleichwohl aber an der Selbstbedienungstankstelle zu tanken beginnt, vertraglich zur Bezahlung des getankten Kraftstoffes verpflichtet?

II) Skizzierung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen

Nach der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen⁹⁾ können vertragliche Beziehungen nicht nur auf vertraglicher Einigung der Parteien (nach §§ 145 ff. BGB), sondern auch auf sozialer Leistungsverpflichtung beruhen. Das rein tatsächliche, öffentliche Anbieten einer Leistung und das rein tatsächliche Inanspruchnehmen begründen das Schuldverhältnis. Ein korrespondierendes tatsächliches Verhalten hat nach seiner sozialtypischen Bedeutung die gleichen Rechtsfolgen wie eine korrespondierende Willenseinigung, die Willensübereinstimmung verliert ihre entscheidende Bedeutung für Zustandekommen und Inhalt von Vertragsbeziehungen.

Das führt zu einer Zweispurigkeit der Rechtsgeschäftslehre durch vertragliche Willenserklärungen und sozial-

Vertragsverhältnis verstanden wird, diesem Lebensverhältnis der Sinn eines Vertragsbandes beigemessen wird. Haupt sagt weiter, daß von einem faktischen Vertragsverhältnis nur dann gesprochen werden könne, wenn das "entstandene Rechtsverhältnis im Typus einem vertraglichen entspricht" (a.a.O., S.32, Fußnote 86). Damit wird deutlich, daß er auf die Bedeutung, die einem bestimmten Faktum allgemein beigemessen wird, abstellt, und daß erst eine Wertung des Faktischen erfolgt, auf die sich die Einordnung als faktisches Vertragsverhältnis stützt.

9) Vgl. die Nachweise über die Vertreter dieser Lehre - neben Haupt (a.a.O.) und Larenz (Schuldrecht, Allgemeiner Teil, S.490ff.; DRiZ 58, S.245ff.; NJW 56, S.1897ff.) - bei Soergel-Lange/Hefermehl, vor § 145 Randnr. 89

typisches Verhalten,¹⁰⁾ im modernen Massenverkehr entsteht ein Schuldverhältnis entweder aufgrund von Willens-Übereinstimmung oder übereinstimmendem sozialtypischem Verhalten.¹¹⁾

III) Ursachen der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen

Welche Entwicklungen des modernen Lebens waren Katalysatoren für die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen? Es ist zu unterscheiden:

Zum einen begründeten bestimmte Erscheinungen des modernen Massenverkehrs die dogmatische Befürchtung, daß die herkömmliche Lehre vom Austausch von Willenserklärungen der Wirklichkeit nicht mehr gerecht werde,¹²⁾ die Konstruktion eines stillschweigenden Vertragsabschlusses eine Fiktion sei, die den Gegebenheiten des modernen Lebens Zwang antue.¹³⁾ Da der Wille der Parteien regelmäßig nur auf dem tatsächlichen Erfolg, nicht aber auf die Begründung einer Rechtsfolge gerichtet sei, "erklärten" die Parteien nichts.¹⁴⁾ Deshalb sei eine vertragliche Einigung in diesen Fällen ein "blutleeres Gebilde".¹⁵⁾ Gefördert wurden diese Überlegungen durch das

10) Auch Staudinger-Dilcher, vor § 104 Randnr. 29

11) Außer Simitis (vgl. Nachweis bei Larenz, DRiZ 58, S.247, Fußnote 22) bestreiten die Vertreter der faktischen Vertragsverhältnisse keineswegs, daß auch im Massenverkehr noch echte, rechtsgeschäftliche Verträge entstehen, so z.B. ausdrücklich Larenz, a.a.O.

12) Wieacker z.B. (a.a.O., S.276) bescheinigt Haupt ein starkes Gefühl für die mangelnde Wirklichkeitstreue der klassischen Konstruktion.

13) Haupt, a.a.O., S.7f

14) Larenz, DRiZ 58, S.246

15) Haupt, a.a.O., S.21

Unbehagen, von einer rechtsgeschäftlichen Einigung dort zu sprechen, wo gar nichts zu vereinbaren sei,¹⁶⁾ da die Vertragsbedingungen im modernen Massenverkehr ohnehin feststehen.

Zum anderen aber kam diese Lehre - insbesondere der Rechtsprechung - gerade recht, um gewisse Problemfälle zu lösen, bei denen die Begründung eines als richtig erkannten Ergebnisses mit Hilfe der herkömmlichen Rechtsge-
schäftslehre nicht ohne weiteres gelingen wollte. Sämt-
lichen Entscheidungen des BGH zum Problemkreis der fak-
tischen Vertragsverhältnisse liegen in diesem Sinne pro-
blematische Sachverhalte zugrunde.¹⁷⁾ Das muß bedenklich

16) Haupt, a.a.O.

17) Vgl. im einzelnen BGH, MDR 57, S.149ff. (Parkplatzent-
scheidung); BGH, NJW 65, S.387ff. (Omnibusparkplatz-
entscheidung); BGHZ 23, S.175ff. (Energieurteil);
auch das Urteil des LG Berlin, JZ 73, S.217ff. fällt
in diesen Bereich. Freilich hat der BGH in einem spä-
teren Urteil - der berühmten Flugreiseentscheidung
(BGH JZ 71, 556 mit Anm. Canaris) - es ausdrücklich
abgelehnt, die Lehre vom sozialtypischen Verhalten
zur Begründung einer rechtsgeschäftlichen Beziehung
anzuwenden. Folgender Sachverhalt lag zugrunde: einem
Minderjährigen war es gelungen, ohne Besitz eines
Flugtickets von Hamburg nach New York zu fliegen. Die
Fluggesellschaft forderte anschließend den tarif-
lichen Flugpreis für die Strecke. Der BGH hat hier
eine bereicherungsrechtliche Lösung gefunden; ver-
tragliche Ansprüche unter dem Gesichtspunkt des so-
zialtypischen Verhaltens hat er verneint: "Die von
der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze" (Über
das sozialtypische Verhalten) "sollen den besonderen
Verhältnissen des modernen Massenverkehrs gerecht
werden und passen deshalb nicht für Rechtsgeschäfte,
wie sie jedenfalls bislang noch bei der Personenbe-
förderung im Flugverkehr abgeschlossen werden".
Canaris begrüßt in seiner Anmerkung die ablehnende
Stellung, die der BGH bezieht. Zur sachlichen Be-
rechtigung der Grundsätze vom sozialtypischen Ver-
halten äußert sich der BGH freilich nicht. Deshalb
kann die Entscheidung für die hier zu belichtende
Problematik wenig beitragen.

stimmen. Warum hat der BGH nicht einmal in einem Urteil, bei dem Entscheidungsvoraussetzung die (problemlose) Wirksamkeit eines Vertrages war,¹⁸⁾ diese Wirksamkeit anhand der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen bejaht? So zwingend erschien ihm die dogmatische Notwendigkeit dieser Lehre offenbar doch wieder nicht. Hinzu kommt, daß sehr zweifelhaft erscheint, ob die Lehre der faktischen Verträge in den dem BGH zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalten zu den gefundenen Ergebnissen problemlos führen mußte bzw. überhaupt konnte.

IV) Kritische Betrachtung

Es ist nicht Ziel dieser Arbeit, wesentlich Neues zur etwas abgeflauten Diskussion um die faktischen Verträge beizutragen.¹⁹⁾ Da aber die hier zu untersuchenden Formen der Selbstbedienung in den Anwendungsbereich der faktischen Verträge fielen, wenn man dieser Lehre folgen wollte, ist eine kurze Stellungnahme unerlässlich.

1) Die Entscheidungen des BGH

Erster kritischer Ansatzpunkt sind die drei zitierten Entscheidungen des BGH.

In den beiden erstgenannten Fällen verpflichtete der BGH einen Autofahrer (bzw. Omnibusunternehmer) zur Zahlung des Entgelts für die Benutzung eines Parkplatzes (bzw. einer Haltestellenanlage), obwohl er sich bei der Benut-

18) Zweifellos muß die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts des Massenverkehrs in der Rechtsprechung häufig geprüft werden.

19) Vgl. die Nachweise über die Gegner der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen bei Soergel/Lange/Hefermehl vor § 145 Randnr. 89; z.B. Lehmann, NJW 58, S.1ff.; Nikisch, in FS für Dölle I, 1963, S.79ff.; Flume, a.a.O.; Börner, a.a.O.; Nipperdey, a.a.O.

zung ausdrücklich geweigert hatte, das Entgelt zu entrichten.²⁰⁾ Die Verpflichtung ergebe sich aus Vertrag, der Vertrag sei allein durch die Benutzung des Parkplatzes (der Haltestellenanlage), also aufgrund sozialtypischen Verhaltens zustande gekommen, trotz des entgegengesetzten, laut geäußerten Willens des Benutzers. Die herkömmliche Auffassung steht vor dem Problem, bei der Auslegung der Verhaltensweise des Benutzers als vertragsannehmende Willenserklärung über den eindeutig geäußerten, entgegengesetzten Willen hinwegkommen zu müssen, um den Vertragsschluß bejahen zu können (zu einem Vertragsschluß zu gelangen, ist das Überwiegend gewünschte Ergebnis).²¹⁾ Aber steht nicht die Lehre vom sozialtypischen Verhalten vor dem gleichen Problem? Nach der Formulierung von Larenz²²⁾ beruht die Zahlungsverpflichtung des Benutzers auf dessen Verhalten, das vom Verkehr als eben diese Verpflichtung begründend gewertet wird. Das Verhalten des Benutzers wird also gewertet, auf seine sozialtypische Bedeutung hin untersucht. Zu diesem zu wertenden Verhalten des Benutzers gehört aber auch die Äußerung der fehlenden Zahlungsbereitschaft, sie ist in das Gesamtverhalten mit einzubeziehen, sie ist untrennbarer Bestandteil des szenischen Auftritts des Benutzers. Dieses Gesamtverhalten ist aber gerade keine "sozialtypische Antwort oder Reaktion auf das Leistungsangebot".²³⁾ Was ist daran sozialtypisch, eine entgeltlich angebotene Leistung unnachgiebig als unentgeltliche zu fordern, sie aber dennoch tatsächlich zu beanspruchen? Wenn aber ein Verhalten nicht sozialtypisch ist, kann ihm auch nicht

20) Da er der Ansicht war, er bewege sich im Bereich des Gemeingebrauchs, der grundsätzlich unentgeltlich sei.

21) Die Vertreter der herkömmlichen Auffassung gelangen zu dem gewünschten Ergebnis über den Rechtssatz "protestatio facto contraria non valet", eine Ausprägung des § 242 BGB.

22) NJW 56, S.1899

23) Larenz, a.a.O.

die Bedeutung eines Verpflichtungsgrundes zukommen.²⁴⁾ Die Befürworter der faktischen Verträge machen also nichts anderes als die Vertreter der herkömmlichen Auffassung auch:²⁵⁾ Sie greifen einen Teil des Gesamtsachverhalts (die Inanspruchnahme der Leistung) heraus, messen ihm die entscheidende Bedeutung bei und degradieren den widersprechenden Teil des Verhaltens als demgegenüber nebensächlich. Und dieser Verhaltensteil ist auch wirklich im gewünschten Sinne sozialtypisch und damit verpflichtungsbegründend. Ebenso messen die Vertreter der herkömmlichen Auffassung jenem Teilverhalten zu Recht einen vertragsannehmenden Willenserklärung und einer Willenseinigung, da der andere Teil des Gesamtverhaltens, die wörtliche Verwahrung nach dem Grundsatz "protestatio

24) Wenn Larenz behauptet (DRiZ 58, S.245), die Auslegung eines Gesamtverhaltens, die den Teil ignoriere, der den Willen am deutlichsten erkennen lasse, sei keine Auslegung mehr, sondern eine Fiktion, so muß man dem entgegenhalten: Die Deutung eines Verhaltens als sozialtypisch, bei der der untypische Verhaltensteil ignoriert wird, ist ebenfalls eine Fiktion.

25) Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen tut generell nichts anderes als die herkömmliche Rechtslehre: Die Lehre vom faktischen Vertrag legt ein bestimmtes Verhalten aus, um den diesem Verhalten beizumessenden, sozialtypischen Sinn zu erfahren, den Sinn also, den ein Dritter redlicherweise diesem Verhalten beimessen muß und darf, - so wie die herkömmliche Lehre das Verhalten auslegt, um festzustellen, als Ausdruck welchen (dahinterstehenden) Willens sich das Verhalten einem redlichen Dritten darstellt. Letztlich betreibt die Lehre vom faktischen Vertrag also nichts anderes als eine Auslegung vom Empfängerhorizont aus. Und sozialtypisch ist ein Verhalten eben dann, wenn man einen typischerweise zu erwartenden Willen dahinter vermutet. Das beweist auch, daß durchwegs zum gleichen Ergebnis gelangt wird. Auch Wieacker (a.a.O., S.273) bemerkt, daß "jedenfalls ein willentliches sozialtypisches Verhalten ohne Kundgabe eines rechtsgeschäftlichen Willens nichts anderes ist, als die schlüssige Willenserklärung der konventionellen Rechtsdogmatik selbst".

facto contraria non valet" keine Bedeutung haben könne. Nur wenn man faktische Vertragsverhältnisse so versteht, daß für ihr Entstehen allein entscheidend das Faktum der tatsächlichen Inanspruchnahme einer (öffentlich) angebotenen Leistung ist, losgelöst und unabhängig von dem übrigen Verhalten und unabhängig davon, ob die Leistung so, wie sie angeboten wird (insbesondere gegen Entgelt), also sozialtypisch, angenommen wird, kann man die BGH-Entscheidung nachvollziehen. Dieses Kriterium wird von den Vertretern der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen aber gerade nicht als allein bedeutsam angesehen,²⁶⁾ da sie "als das rechtlich entscheidende Moment nicht das Faktum als solches, sondern seinen sozialtypischen Sinn"²⁷⁾ erklären.

Noch deutlicher wird die inkonsequente Anwendung beim Energieurteil des BGH. Der BGH erkannte auf eine vertragliche Verpflichtung des Inhabers einer Wohnung, die an die Kraftstromleitung angeschlossen war; der Wohnungsinhaber hatte eine Überbrückungsleitung legen lassen, um Strom zu entnehmen, ohne daß diese Entnahme über den Zähler lief; er beanspruchte die angebotene Stromlieferung also durch Verwirklichung eines Straftatbestandes. Er war gemäß § 248c StGB verurteilt worden. Ein deliktisches Verhalten kann aber wohl kaum als sozialtypisch bezeichnet werden, der Straf- oder Deliktstäter verhält sich gerade nicht typisch²⁸⁾ und schon gar nicht sozial. Sozialtypisch ist die vom BGH herausgestellte Inanspruchnahme der Leistung als solche, nicht aber die Inanspruchnahme in dieser Form.²⁹⁾ Gerade nach der sozialtypischen

26) Larenz unterstellt dies Haupt fälschlicherweise.
Siehe dazu bereits oben Fußnote 8.

27) Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, S.493

28) Soergel-Lange/Hefermehl, vor § 145 Randnr. 94

29) Es geht bei dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts schließlich nicht um die bloße Inanspruchnahme von Strom, sondern um das bewußte Verheimlichen dieser Inanspruchnahme.

Bedeutung der Inanspruchnahme, so, wie sie erfolgt ist, soll jedoch nach der Lehre vom faktischen Vertrag gefragt werden. Als Reaktion auf dieses Urteil wird von den Vertretern der herkömmlichen Auffassung betont, daß die (so verstandene) Lehre vom faktischen Vertrag dem Straf- bzw. Deliktstäter zu einem Vertragsschluß ver helfe.³⁰⁾ Wenn der Energiedieb einen (faktischen) Vertrag schließt, so auch der Automatendieb und der Dieb im Selbstbedienungsladen. Daß dies nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand: Ein Dieb kauft nicht.³¹⁾ Dieses Ergebnis war von den Vertretern des faktischen Vertrages auch keineswegs beabsichtigt.³²⁾

Haupt selbst formuliert, daß ein faktisches Vertragsverhältnis "zu verneinen" sei, "wenn jemand vom Bahnhofsbuffet Waren wegnimmt, um sie zu stehlen".³³⁾ Er begründet dies damit, daß selbstverständlich jedes faktische Vertragsverhältnis in Übereinstimmung mit der Gesamtrechtsordnung stehen müsse. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß die normative Kraft des Faktischen

30) Soergel-Lange/Hefermehl, a.a.O.; Staudinger-Dilcher, vor § 104 Randnr. 30; Börner, a.a.O., S.203; Wieacker, a.a.O., S.272ff.; LG Berlin, a.a.O., S.218

31) Dem steht nicht entgegen, daß z.B. ein Betrüger durchaus einen Vertrag schließen kann; im Unterschied zu den hier behandelten Fällen will der Betrüger aber gerade den Anschein eines rechtstreuen Vertragspartners hervorrufen, während der Dieb (vertraglich) überhaupt nicht in Erscheinung treten will.

32) Larenz (Schuldrecht, Allgemeiner Teil, S.491) zitiert zwar das Energieurteil, er stellt aber nur fest, daß der "Verbrauch von elektrischem Strom ohne vorherigen Abschluß eines Vertrages über den Strombezug" ein Vertragsverhältnis begründe. Das ist aber auch nicht zweifelhaft: Dieses Verhalten ist sozialtypisch für einen Energielieferungsvertrag bzw. die herkömmliche Meinung kann dieses Verhalten als Angebot bzw. Annahme eines solchen Vertrages verstehen. Larenz verkennt aber offenbar in seinem Hinweis, daß die Stromentnahme verheimlicht und durch einen deliktischen Eingriff erschlichen werden sollte.

33) a.a.O., S.32, Fußnote 86

allein aus einem deliktischen Verhalten kein vertragliches machen kann.³⁴⁾

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Lehre von den faktischen Verträgen, richtig verstanden, einen großen Bereich der Fälle, in denen sie zu einer besseren Lösung führen sollte, auch nicht anders zu lösen vermag als die herkömmliche Rechtsgeschäftslehre.³⁵⁾

2) Die Behandlung von Willensmängeln

Inkonsequent erscheint auch die Behandlung der Willensmängel in der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen. Im Ergebnis herrscht über die Behandlung von Willensmängeln im modernen Massenverkehr weitgehend Einigkeit. Daß der Schutz der nicht (voll) Geschäftsfähigen absoluten Vorrang im Zivilrecht genießt, wird von kaum jemand grundlegend angezweifelt.³⁶⁾ Ebenso stimmt

-
- 34) Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, daß dem Energieurteil von Seiten der Vertreter der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen keine beifälligen Anmerkungen zuteil wurden. Das Urteil wurde weitgehend mit Stillschweigen übergangen, es paßt also offensichtlich - zu Recht - nicht ins Konzept.
- 35) Insoweit gegen Kellmann (a.a.O., S.268), der meint, daß die Lehre vom faktischen Vertrag diese Problemfälle "nicht überzeugend auszuklammern vermag", also diese Fälle vom Standpunkt der Lehre vom faktischen Vertrag tatsächlich so zu entscheiden waren.
- 36) Larenz hat seine gegenteilige Auffassung (vgl. in NJW 56, S.1899) aufgegeben (vgl. Schuldrecht, Allgemeiner Teil, S.494), und selbst früher forderte er, daß der Handelnde zumindest die Fähigkeit besitzen müsse, die sozialtypische Bedeutung seines Verhaltens zu erkennen. Haupt (a.a.O., S.31) will die Entscheidung über die Anwendung der Regeln über die Geschäftsfähigkeit von der persönlichen Eigenart des Handelnden und dem fraglichen Lebensvorgang abhängig machen; im Bereich des standardisierten Massenverkehrs dürfte damit aber kaum je ein von der direkten Anwendung der §§ 104 ff. BGB abweichendes Ergebnis erzielt werden.

man darin Überein, daß der standardisierte Massenverkehr weitgehend keine Berufung auf eine Irrtumsanfechtung duldet.³⁷⁾ Auch auf dem Boden der herkömmlichen Auffassung muß man erkennen, daß die Natur der Lebensvorgänge eine Anfechtung wegen Irrtums zum Teil ausschließt.³⁸⁾ Es ist also mindestens so "inkonsequent" (wenn auch sach- und interessengerecht), daß die Lehre vom faktischen Vertrag zwar die Beachtlichkeit eines rechtsgeschäftlichen Willens im standardisierten Massenverkehr leugnet, aber eine Berufung auf Willensmängel teilweise zuläßt, wie wenn die herkömmliche Lehre auf der Beachtlichkeit des rechtsgeschäftlichen Willens beharrt, die Berufung auf Willensmängel aber einschränkt.³⁹⁾ Dogmatische Schwierigkeiten bei der Behandlung von Willensmängeln werden also nicht gelöst,⁴⁰⁾ sondern nur verlagert; die Schwierigkeiten bleiben die gleichen, nur das Vorzeichen ändert sich.

3) Dogmatische Kritik

Beachtlich ist der dogmatische Ansatzpunkt der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen. Wer sich im standardisierten Massenverkehr mechanisch-routinemäßig betätigt, z.B. einige Geldstücke in einen Automaten wirft, um ein Päckchen Zigaretten zu ziehen, hat nur den tatsächlich-wirtschaftlichen Erfolg vor Augen, über eine rechtliche Bedeutung seines Verhaltens wird er sich kaum Gedanken machen. Dann drängt sich aber in der Tat die Frage

-
- 37) Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, S.494; Haupt, a.a.O., S.32; Wieacker, a.a.O., S.281 ("Behutsame Restriktion des § 119 BGB"); Soergel-Lange/Hefermehl, vor § 145 Randnr. 94; Flume, a.a.O., S.100
- 38) Dies wird in den folgenden Kapiteln im einzelnen zu zeigen sein.
- 39) Es kann also keine Rede davon sein, daß die Lehre vom faktischen Vertrag mit ihrer These, der individuelle Wille trete in den Hintergrund, weil für ihn kein Raum sei (BGH, NJW 65, S.388), Ernst machen will.
- 40) So aber Larenz, NJW 56, S.1899

auf, ob es hier noch sinnvoll ist, von einem Austausch von Willenserklärungen zu sprechen, ob man das Verhalten des Automatenbenutzers tatsächlich noch als Willenserklärung ansehen kann? auch wenn man sich über das Ergebnis einig ist, daß nämlich der Handelnde vertraglich gebunden sein soll, so ist es doch nicht nur ein Streit um Worte,⁴¹⁾ denn der Begriff der Willenserklärung ist für die Zivilrechtsordnung so essentiell, daß nicht dahingestellt bleiben kann, inwieweit er auch im modernen Massenverkehr rechtliche Wirkung entfaltet. Der subjektive Tatbestand einer Willenserklärung wird allgemein in drei Elemente gegliedert: Handlungs-, Erklärungs- und Geschäftswille.⁴²⁾ Den Handlungswillen kann man dem Automatenbenutzer nicht absprechen. Zweifelhaft ist es, ob er einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Erfolg beabsichtigt⁴³⁾ und sich überhaupt bewußt ist, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben.⁴⁴⁾ Um es nochmals zu betonen: Es geht hier nicht um die Folgen des Vorliegens oder Nichtvorliegens von Erklärungsbewußtsein und Geschäftswillen; darüber ist man sich insoweit einig und auch die dogmatische Rechtfertigung des Ergebnisses macht der herkömmlichen Lehre keine unüberwindbaren Schwierigkeiten.⁴⁵⁾ Es geht um die Frage, welche dogmatische

41) Dies klingt aber bei Heisecke, MDR 71, S.356 an.

42) Palandt, vor § 116 Anm. 1 a

43) So die Definition des Geschäftswillens bei Palandt, a.a.O.

44) So die Definition des Erklärungsbewußtseins bei Palandt, a.a.O.

45) Das Fehlen des Geschäftswillens berührt den Tatbestand einer Willenserklärung nicht. Nach jetzt wohl herrschender Meinung gilt das aber auch für ein fehlendes Erklärungsbewußtsein (zumindest, wenn den Erklärenden hinsichtlich des Setzens eines Erklärungsaktes ein Fahrlässigkeitsvorwurf trifft), vgl. BGH, NJW 84, S.2279ff.; allerdings ist die Behandlung des fehlenden Erklärungsbewußtseins insgesamt strittig, vgl. die Nachweise zum Streitstand bei BGH, a.a.O.

Berechtigung das Rechtsinstitut der Willenserklärung angesichts der Erscheinungen des modernen Massenverkehrs noch hat.

Nach modernem Verständnis richtet sich der Geschäftswille darauf, daß der Erklärungsakt diejenigen Rechtsfolgen herbeiführt, auf die er seinem Inhalt nach abzielt. Ein Geschäftswille ist also zu bejahen, wenn die unmittelbaren, rechtsgeschäftlichen Folgen der Willenserklärung vom Erklärenden gewollt sind.⁴⁶⁾ Der Geschäftswille wird als Rechtsfolgenanordnung verstanden.⁴⁷⁾ Hier sieht Kellmann⁴⁸⁾ den berechtigten Ansatzpunkt der Lehre vom faktischen Vertrag. Denn man könne nicht behaupten, daß der Benutzer eines Automaten bewußt eine rechtliche Regelung in Geltung setze, da die Tätigkeit rein mechanisch-routinemäßig, nahezu gedankenlos sei und (laienhafte) juristische Reflexionen nicht angestellt würden. Deshalb will Kellmann mit einer früher vertretenen Auffassung⁴⁹⁾ ein faktisches Wollen, einen auf einen wirtschaftlichen Erfolg gerichteten Willen anstelle des als Rechtsfolgenanordnung verstandenen Geschäftswillens genügen lassen. Der Geschäftswille sei als natürlicher Bindungswille zu verstehen. Diese Korrektur des Geschäftswillens ermögliche eine problemlose Einordnung der Fälle des sozialtypischen Massenverkehrs in die allgemeine Rechtsgeschäftslehre.⁵⁰⁾

M.E. bedarf es für eine problemlose Einordnung dieser Korrektur nicht. Frägt man den Automatenbenutzer, ob er wisse, bei der Bedienung des Automaten rechtlich erheblich gehandelt zu haben,⁵¹⁾ so wird er dies bejahen,

46) Münchener Kommentar-Kramer, vor § 116 Randnr. 21

47) Kellmann, NJW 71, S.266

48) Kellmann, a.a.O.

49) Vgl. die Nachweise bei Kellmann, a.a.O.

50) Kellmann, a.a.O., S.267f.

51) Diese Fragestellung zielt auf das Erklärungsbewußtsein.

da er weiß, daß sein Verhalten kein bloß unverbindliches Spiel war, sondern eine Teilnahme am Rechtsverkehr durch rechtlich erheblichen Güteraustausch und daß dieses Verhalten auch so verstanden werden wird; ebenso wird er die Frage, ob er wisse, eben etwas gekauft zu haben,⁵²⁾ bejahen; er weiß also, die Rechtsfolgen eines Kaufs willentlich gesetzt zu haben, da es ihm bekannt war, daß er die Automatenware nur gegen Entgelt beanspruchen kann.⁵³⁾ Im Augenblick der tatsächlichen Benutzerhandlung mag ihm dies allerdings nicht aktuell bewußt gewesen sein; fragt man ihn aber danach - z.B. auch exakt im Moment der Benutzerhandlung -, so ist das Bewußtsein sofort da und entspricht auch den Anforderungen, die die herrschende Meinung an den Geschäftswillen (und das Erklärungsbewußtsein) stellt, da es auf die Herbeiführung der Rechtsfolgen eines Kaufes - Austausch von Ware gegen Geld - gerichtet ist.⁵⁴⁾ 55) Geschäftswille und Erklärungsbewußtsein sind jederzeit abrufbar, das latent vorhandene Bewußtsein kann jederzeit aktualisiert werden. Ein solch latentes Bewußtsein aber muß für die Teilnahme am Rechtsverkehr genügen, insbesondere da es nach außen nicht erkennbar wird, ob das Bewußtsein aktuell oder latent ist. Auch Kellmann hält dieses latente Bewußtsein für ausreichend, wenn er das allgemeine Bewußtsein, für die Entgegennahme einer Ware bezahlen zu müssen (also die Rechtsfolgen eines Kaufes zu setzen), für eine verbindliche Erklärung als ausreichend ansieht. Es ist deshalb nicht einsichtig, wieso er die Voraussetzungen des Geschäftswillens einschränken will.

52) Diese Fragestellung zielt auf den Geschäftswillen.

53) So auch Kellmann, a.a.O., S.268

54) Nach Heisecke, a.a.O., S.355 ist der Geschäftswille ein auf die Herbeiführung einer bestimmten Rechtsfolge gerichteter Wille.

55) Daß dieses Bewußtsein nur ein laienhaft-juristisches zu sein braucht, versteht sich von selbst: Die am Rechtsverkehr teilnehmenden Rechtssubjekte sind nicht alle Juristen.

Die Vertreter der faktischen Vertragsverhältnisse wollen offensichtlich den nur latenten Geschäftswillen nicht genügen lassen und stellen deshalb in diesen Fällen auf die sozialtypische Bedeutung des Verhaltens ab, da es - dies ist unbestreitbar - eine Fiktion ist, wenn man von einem aktuellen Geschäftswillen und wohl auch von einem aktuellen Erklärungsbewußtsein ausginge. Andererseits bestreiten sie keineswegs, daß es auch im Bereich des Massenverkehrs noch echte Rechtsgeschäfte gibt,⁵⁶⁾ d.h. Rechtsgeschäfte, die der Verbraucher mit aktuellem Geschäftswillen und Erklärungsbewußtsein abschließt. Wesentlich ist somit, daß im Bereich des Massenverkehrs, insbesondere im Bereich der Selbstbedienung im allgemeinen - abgesehen von den Fällen der gleichzeitigen, wörtlichen Verwahrung - nicht erkennbar wird, ob das Bewußtsein aktuell oder latent ist. Es erscheint deshalb ebenfalls als Fiktion, wenn behauptet wird, das Rechtsgeschäft komme stets schon aufgrund der sozialtypischen Bedeutung des Verhaltens, unabhängig vom aktuellen Bewußtsein zustande. Denn es ist unbestreitbar, daß, wenn Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille (aktuell) vorliegen, das Rechtsgeschäft aufgrund dieser Willensentscheidung zustande kommt; dies entspricht der vom BGB getroffenen Grundentscheidung. Die Vertreter der faktischen Vertragsverhältnisse bestreiten ja auch keineswegs, daß echte Rechtsgeschäfte vorliegen, sobald Willenserklärungen (mit aktuellem Erklärungsbewußtsein und Geschäftswillen) abgegeben werden.⁵⁷⁾ Die Lehre von den faktischen Verträgen tauscht also nur eine Fiktion gegen die andere aus, da sie die Fiktion eines faktischen Vertrages schafft, obwohl eigentlich eine Willenserklärung (mit aktuellem Erklärungs- und Geschäftswillen) vorliegt, die Aktualität der subjektiven Tatbestandsmerkmale der Wil-

56) Larenz, DRIZ 58, S.247 a.E.

57) Larenz, a.a.O.

lenserklärung nach außen aber nicht erkennbar werden. Läßt man aber ein latentes Erklärungsbewußtsein und einen latenten Geschäftswillen für den Tatbestand der Willenserklärungen genügen, wird jede Fiktion vermieden.

Warum aber kann auf die Aktualität der Willenselemente verzichtet werden? Zum einen fordert das der moderne Rechtsverkehr; es wäre lebensfremd, wollte man für die zahllosen, inhaltlich wenig bedeutsamen Rechtsgeschäfte, die jedermann tagtäglich abzuschließen gezwungen ist, aktuellen Erklärungs- und Geschäftswillen fordern, - sofern man nicht als Ausweg auf die Lehre vom faktischen Vertrag zurückgreifen will, die aber - wie gezeigt - auch keine Lösung ohne Fiktionen anbieten kann. Im BGB sind an keiner Stelle Anhaltspunkte zu finden, die auf das Erfordernis eines aktuellen Erklärungs- oder Geschäftswillens schließen lassen. Dagegen spricht die Bedeutung des Schweigens in der Rechtsgeschäftslehre für die hier angedeutete Auffassung. In bestimmten Fällen wird dem Schweigen (kraft Gesetzes oder aufgrund von Treu und Glauben) eine zustimmende Erklärungswirkung beigemessen. Ein solches Schweigen ist zwar nach herrschender Meinung tatbestandlich keine echte Willenserklärung, es wird in den Rechtswirkungen aber einer Willenserklärung gleichgestellt,⁵⁸⁾ z.B. finden die Vorschriften über Willensmängel (entsprechende) Anwendung. Auf Willensmängel kann es aber nur dann ankommen, wenn auch für ein Schweigen Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille erforderlich sind.⁵⁹⁾ Da sich für das Schweigen ein Zeitpunkt, der dem des Abgabezeitpunktes einer Willenserklärung entspricht,

58) Palandt, vor § 116 Anm. 3 b bb

59) Lediglich auf einen Irrtum über die rechtliche Bedeutung des Schweigens kann sich nach herrschender Meinung (Palandt, a.a.O., Anm. 3 c cc) der Schweigende nicht berufen - was allerdings zumindest zweifelhaft sein dürfte.

nicht ermitteln läßt,⁶⁰⁾ ist kein Zeitpunkt vorhanden, für den man einen aktuellen Erklärungs- und Geschäftswillen fordern könnte. Es genügt also, wenn dem Schweigenden allgemein bekannt ist, welchen positiven Erklärungswert er durch sein Schweigen setzt. Das aber bedeutet nichts anderes, als daß es nur auf ein latentes Erklärungsbewußtsein und einen latenten Geschäftswillen ankommt. In welchem Zeitpunkt wollte man von dem Schweigenden fordern, daß er sich den positiven Erklärungswert aktuell vor Augen führt?

Man könnte allenfalls verlangen, daß er dies wenigstens einmal tut. Genau darauf läuft aber das Erfordernis eines nur latenten Erklärungs- oder Geschäftswillens hinaus, denn ein solcher bedeutet gerade, daß man einmal ein bestimmtes Bewußtsein aktuell gewonnen und sich vor Augen geführt hat. Da für den Fall des Schweigens dieses aktuelle Bewußtsein nicht zu einem bestimmten Augenblick gefordert werden kann, kann man auch für die (konkludente) Willenserklärung dieses aktuelle Bewußtsein nicht gerade für den Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung verlangen. Daraus kann man allgemein folgern, daß keine Notwendigkeit besteht, für eine Willenserklärung bei deren Abgabe ein aktuelles Erklärungsbewußtsein und einen aktuellen Geschäftswillen zu fordern. Daß dem Schweigen eines Rechtsteilnehmers in bestimmten Fällen ein (zustimmender) Erklärungswert beigemessen wird, soll die Abwicklung der Rechtsverhältnisse erleichtern und beschleunigen; der gleichen Zielsetzung unterliegt auch der moderne Massenverkehr,⁶¹⁾ auch deshalb sind vergleichbare Schlußfolgerungen gerechtfertigt.

60) Zu unterscheiden vom Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Schweigens: Dieser Zeitpunkt kann schon ermittelt werden (wohl analog § 130 BGB, der Zeitpunkt, in dem spätestens mit der Ablehnung zu rechnen war).

61) Und nur im Bereich des modernen, standardisierten Massenverkehrs stellt sich das Problem des aktuellen oder latenten Erklärungs- bzw. Geschäftswillens.

4) Lösungsvorschlag für die problematischen Fallgruppen

Abschließend möchte ich noch einige Überlegungen zur Lösung der Fälle anstellen, die in der Rechtsprechung zur Anerkennung der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen geführt hat, also der Fälle der wörtlichen Verwahrung gegen den Vertragsschluß bei gleichzeitiger Inanspruchnahme der vertraglich angebotenen Leistung. Übereinstimmend gelangt man zu dem Ergebnis eines wirksamen Vertragsschlusses: Entweder durch - m.E. unrichtige - Anwendung der Lehre vom sozialtypischen Verhalten oder durch die Berufung auf den Grundsatz "protestatio facto contraria non valet". Kellmann dagegen hält in diesen Fällen einen "Bindungswillen" (wie er den Geschäftswillen auslegt) für "selbstverständlich" nicht erklärt, einen Vertrag folglich für "nicht zustande gekommen".⁶²⁾

Seiner Ansicht nach müßte also z.B. ein Autofahrer, der an einer Selbstbedienungstankstelle zu tanken beginnt und gleichzeitig erklärt, nur die Hälfte des angezeigten Kraftstoffpreises je Liter zahlen zu wollen (etwa, weil er die Benzinpreise für drastisch überhöht und deshalb nicht für verbindlich hält), nur insoweit vertraglich verpflichtet sein. Dieses Ergebnis halte ich für richtig.⁶³⁾ Zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt man nur, wenn man den Grundsatz der protestatio facto contraria in diesen Fällen für anwendbar hält und ihn mit Medicus⁶⁴⁾ als Einschränkung der Privatautonomie entsprechend dem hinter den §§ 612, 632 BGB stehenden Gedanken versteht. Dem vermag ich mich nicht anzuschließen. Der Grundsatz der protestatio ist eine Ausprägung des § 242 BGB, seine Anwendung ist also mit Vorsicht zu handhaben. § 242 BGB dient primär dazu, Auswüchse des (positiven) Rechts, die

62) Kellmann, a.a.O., S.268

63) So z.B. auch Jauernig, vor § 145 Anm. 5 c

64) Medicus, Bürgerliches Recht 1981, Randnr. 191

sozial-ethische Schranken überschreiten, zu beschneiden.⁶⁵⁾ Wenn deshalb im Einzelfall die sich aus Vertrag und Gesetz ergebenden Rechtswirkungen sach- und interessengerecht sind, verbietet sich danach ein Zurückgreifen auf § 242 BGB in Einschränkung der Privatautonomie von selbst. In den hier interessierenden Fällen liefern aber Delikt- und Bereicherungsrecht zufriedenstellende Ergebnisse. Dies wurde bereits mehrfach Überzeugend dargelegt.⁶⁶⁾

5) Ergebnis

Die Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen hat keine Berechtigung. Auch im Bereich der Selbstbedienung entstehen die Rechtsverhältnisse somit durch vertragliche Willenseinigung, nicht durch sozialtypisches Verhalten.

65) Palandt, § 242 Anm. 1 a bb

66) Vgl. insbesondere Börner, a.a.O., S.208f.; Wieacker, a.a.O., S.267f.; Kellmann, a.a.O., S.268f.

2. Kapitel:

Rechtsverhältnisse beim Kauf mittels Warenautomaten

1. Teil: Das Automatengeschäft

A) Qualifizierung des Kaufs am Automaten

Es erscheint geboten, einer Einzeluntersuchung der Rechtsverhältnisse beim Kauf mittels Warenautomaten eine allgemeine Qualifizierung des Kaufs am Automaten voranzustellen: Ist dieser ein typischer schuldrechtlicher Vertrag im Sinne von § 305 BGB oder handelt es sich um eine Art Realvertrag?

Diese Fragestellung drängt sich auf, weil in einer der aktuellsten Darstellungen des Automatenrechts¹⁾ der Kauf am Automaten als moderner Realvertrag bezeichnet wird. Zwar hat das dem römischen Recht entstammende Institut des Realvertrages seit der Klagbarkeit aller Verbindlichkeiten seine entscheidende Bedeutung verloren.²⁾ Nach dem heute geltenden Prinzip der Vertragsfreiheit ist es den Parteien jedoch unbenommen, eine Art Realvertrag zu vereinbaren, das Zustandekommen des Vertrages also (neben der Einigung) von einem oder mehreren tatsächlichen Akten abhängig zu machen (sofern das Abstraktionsprinzip grundsätzlich beibehalten wird). Dies rechtfertigt die Prüfung der Frage, ob nicht moderne Lebensformen alten Rechtsinstituten neue Berechtigung, neue Bedeutung und vielleicht auch neue Gestalt verschaffen.

1) K. Schmidt/v. Olshausen, Automatenrecht, S.138

2) Palandt, vor § 305 Anm. 4 c

I) Darstellung der unterschiedlichen Meinungen

Gemeinsamer Ausgangspunkt der unterschiedlichen juristischen Konstruktionen ist die Tatsache, daß beim Kauf am Automaten - wie bei so vielen Rechtsgeschäften des täglichen Lebens - schuldrechtlicher Kaufvertrag und dingliche Erfüllung zeitlich zusammenfallen.

- 1) Die Überwiegende Ansicht sieht im Automatenkauf einen schuldrechtlichen Vertrag im Sinne von § 305 BGB, der durch Austausch von Übereinstimmenden Willenserklärungen zustande kommt und beiderseitige schuldrechtliche Erfüllungsansprüche auslöst.³⁾ Streitig ist jedoch der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, insbesondere worin Angebot und Annahme zu erblicken sind.
- 2) Vereinzelt wird der Kauf am Automaten als Realvertrag bezeichnet, für dessen Zustandekommen der nudus consensus nicht genügt, sondern zusätzlich die Bewirkung (einer oder) beider Leistungshandlungen erforderlich ist.⁴⁾
- 3) Eine dritte Ansicht, die letztlich aber nur ein Ableger der Lehre vom Realvertrag ist,⁵⁾ betont den Charakter des Kaufs am Automaten eines Handgeschäfts des täglichen Lebens mit der Konsequenz, daß dem Kaufvertrag die schuldrechtlichen Erfüllungsansprüche aberkannt werden und dieser als eine bloße Zweckvereinba-

3) Bürke, Der Warenautomat im schweizerischen Recht, 1967, S.28ff.; Schiller, Rechtsverhältnisse des Automaten, 1898, S.11ff.; Münchener Kommentar - Kramer, § 145 Randnr. 8 m.w.Nachw.; Ennecerus Lehmann, Schuldrecht, 14. Auflage, 1954, S.393

4) Kreß, Allgemeines Schuldrecht, 1929, S.83ff.

5) Nur die Schwerpunkte der Betrachtung werden etwas verlagert.

rung für die beiderseitig erbrachten Leistungen qualifiziert wird.⁶⁾

II) Rechtsfolgen

Bei der Lektüre der in der Literatur immer wieder auftauchenden praktischen Beispiele drängt sich der Gedanke auf, daß der Großteil der Autoren annähernd die gleichen, der Praxis und dem Parteiwillen am besten gerecht werdendsten Rechtsfolgen anstrebt; diese Bemühungen sind durch Zugeständnisse an die jeweilige Gegenmeinung auch durchweg von Erfolg gekrönt. Diese gemeinsame Zielrichtung darzulegen, ist Gegenstand der folgenden Ausführungen.

III) Beispiele typischer Vertragsstörungen

Die Tragweite einer juristischen Konstruktion und ihre dogmatische Brauchbarkeit ist am besten anhand typischer (Vertrags-)Störungen darstellbar. Für den Automatenkauf seien drei Beispiele herausgegriffen:

1) Defekter oder leerer Automat

Wenn der Warenautomat, z.B. ein Zigarettenautomat, leer oder defekt und dies dem Benutzer nicht erkennbar ist, so geht das primäre Interesse des Benutzers auf Wiedererlangung seines Geldes und nicht auf Erhalt der Ware. Dieses Interesse verfolgt er durch die Betätigung eines stets vorhandenen Rücknahmeknopfes. Aber auch wenn dieser Rücknahmeknopf versagen sollte, wird der Benutzer bei der

6) K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.138; Endemann, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I 1903, S.1018ff.; Schlegelberger-Vogels, vor § 305, Randnr. 7

anschließenden Verfolgung seiner Rechte eher an der Wiedererlangung seines Geldes als am Erhalt der Ware interessiert sein; meist braucht er die Ware zu diesem späteren Zeitpunkt gar nicht mehr, da er sich inzwischen anderweitig eingedeckt hat. Gerade bei den typischerweise in Automaten angebotenen, zum baldigen Verbrauch bestimmten Gütern ist es weder sinnvoll noch interessengerecht und billig, den Benutzer an einen für ihn inzwischen uninteressant gewordenen Erfüllungsanspruch festzuhalten. Dies mag nur in Einzelfällen zweifelhaft sein: Ein Raucher, der am letzten Tag vor einer krassen Tabakpreiserhöhung für einen größeren Betrag Zigaretten kaufen möchte und an einem defekten Automaten weder die Zigaretten noch sein Geld (zurück-)erhält, möchte wohl auch später noch eher die Zigaretten zum alten Preis als sein Geld zurück. Aber dies ist ein Ausnahmefall; er entspricht nicht der Regel, und muß deshalb bei der Suche nach einer für die Vielzahl der Fälle sachgerechten juristischen Konstruktion außer Betracht bleiben.

Auch das Interesse an Sekundäransprüchen setzt keinen Erfüllungsanspruch des Benutzers voraus. Einen möglicherweise entstandenen Schaden kann der Benutzer statt nach §§ 325 oder 326 BGB aufgrund des nur geringfügig engeren Rechtsinstituts der culpa in contrahendo geltend machen. Über das eben dargestellte Ergebnis sind sich die Vertreter der verschiedenen Meinungen weitgehend einig. Die herrschende Meinung erzielt dieses Ergebnis, indem sie das Angebot des Automatenaufstellers an die Bedingung eines gefüllten und funktionsbereiten Automaten knüpft,⁷⁾ die Anhänger des Realvertrages kommen zum gleichen Ergebnis, weil sie den Vertragsschluß an die tatsächliche Erbringung der beiderseitigen Leistungen knüpfen.⁸⁾ Auch

7) Vgl. BÜRKE, a.a.O., S.37; ERMAN, § 145 Randnr. 5
m.w.Nachw.

8) Vgl. KREß, a.a.O., S.87

wenn man den Kauf am Automaten als Handgeschäft qualifiziert, ändert sich an diesem Ergebnis nichts: Denn nach dieser Auffassung löst das Handgeschäft bei Nichterfüllung einer Vertragspartei keine Erfüllungs-, sondern nur Rückabwicklungsansprüche für den anderen Teil aus.⁹⁾

2) Schlechterfüllung des Automaten

Ist die vom Automaten abgegebene Ware mangelhaft, so besteht im wesentlichen darüber Einigkeit, daß dem Benutzer ein Gewährleistungsanspruch und unter Umständen ein Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung wegen weiterer Schäden (Mangelfolgeschäden) zusteht. Für die herrschende Meinung ist dieses Ergebnis selbstverständlich, da der Kauf am Automaten danach ein schlichter schuldrechtlicher Kaufvertrag im Sinne von §§ 433, 241 BGB ist, der die Folgeansprüche der §§ 459 ff. BGB nach sich zieht.¹⁰⁾ Aber auch die Anhänger des Realvertrages bzw. Handgeschäfts streben diese Rechtsfolgen an. Nach der Lehre vom Realvertrag ist der Kauf-(Real-)Vertrag durch den Austausch der beiderseitigen (wenn auch z.T. fehlerhaften) Leistungen abgeschlossen, die Folgeansprüche nach §§ 459 ff. BGB und aus positiver Forderungsverletzung können Anwendung finden.¹¹⁾ Die Lehre vom Handgeschäft unterstellt die Vereinbarung über die causa der erbrachten Leistungen den Regeln eines obligatorischen Versprechensvertrages, also auch den §§ 459 ff. BGB und den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung.¹²⁾

9) Vgl. Endemann, a.a.O., S.1018f., S.329f.; K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.138; anders aber Schlegelberger/Vogels, vor § 305, Randnr. 7, der bei Nicht-(und Schlecht-)erfüllung einen Erfüllungsanspruch des Berechtigten bejaht.

10) Bürke, S.51f.

11) Kreß, a.a.O., S.88

12) Endemann, a.a.O., S.1019f., S.329; K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.140

Nach dieser Auffassung kommt die vertragliche Vereinbarung über den Rechtsgrund der Leistungen eigentlich nicht zustande, da es ja gerade an der beiderseitigen Erbringung der ordnungsgemäßen Leistungen fehlt. Die Vertreter dieser Auffassung sind deshalb auf eine entsprechende Anwendung der §§ 459 BGB angewiesen.

3) Automatenmißbrauch

Auch im Falle des Automatenmißbrauchs, sei es durch Einwurf von Falschgeld oder anderes mißbräuchliches Ingangsetzen des Automatenmechanismus, herrscht über das Ergebnis, daß keinerlei vertragliche Beziehungen zwischen Automatenaufsteller und dem mißbräuchlichen Benutzer entstehen, der Aufsteller also keinen Anspruch auf Erfüllung (Zahlung des Entgelts), sondern auf Rückgabe der Ware bzw. Wertersatz und zusätzlich auf Schadensersatz hat, weitgehend Übereinstimmung.¹³⁾ Die herrschende Meinung knüpft das Angebot des Automatenaufstellers an die Bedingung im Sinne von § 158 BGB des Einwurfs der geforderten echten Geldmünzen.¹⁴⁾ Sieht man im Kauf am Automaten einen Realkontrakt, so hindert die mangelnde Bewirkung der erforderlichen beiderseitigen Leistungen das Zustandekommen des Vertrages.¹⁵⁾ Aber auch wenn man den Kauf am Automaten als Handgeschäft beurteilt, gelangt man zu keinem vertraglichen Erfüllungsanspruch des Aufstellers, da nach dieser Auffassung bei solcher Art von Geschäften - dem Willen der Parteien entsprechend - eben keine Erfüllungsansprüche entstehen sollen, wenn die richtigen Leistungen nicht ausgetauscht sind.¹⁶⁾

13) Ob dieses Ergebnis allerdings vom Standpunkt der herrschenden Meinung konsequent, interessengerecht und dogmatisch korrekt ist, ist anzuzweifeln, siehe dazu später.

14) Münchener Kommentar-Kramer, § 145, Randnr. 6; Palandt, § 145 Anm. 4 a; Bürke, a.a.O., S.55f. m.w.Nachw.; a.A. Ennecerus/Lehmann, a.a.O., S.394

15) Kreß, a.a.O., S.87f.

16) Endemann, a.a.O.; K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O.

IV) Rechtfertigung der herrschenden Meinung

Wie die kurze Skizzierung der wichtigsten Problemfälle beim Automatenkauf und der jeweiligen Lösungsversuche gezeigt hat, besteht über die rechtlichen Ergebnisse im wesentlichen Einigkeit. Streit herrscht nur über die rechtlichen Konstruktionen. Die Qualifizierung des Kaufs am Automaten als Realvertrag bzw. als Handgeschäft (oder modernern Realvertrag) ohne gegenseitige Erfüllungsansprüche mag durch ihre lebensnahe Erfassung der tatsächlichen Vorgänge und den Verzicht auf gekünstelt wirkende juristische Konstruktionen auf den ersten Blick bestechen. Wirklich Überzeugend ist sie aber nicht. Es erscheint weder geboten noch opportun, das abgestorbene Rechtsinstitut des Realvertrags wiederzubeleben nur, um Ergebnisse zu rechtfertigen, die ebenso auf zeitgemäßerem und fundierterem Weg zu erreichen sind. Entscheidender Ausgangspunkt für den Realvertrag, also der tatsächlichen Erfüllung als Voraussetzung für das Zustandekommen des Kaufvertrages, ist das zeitliche Zusammenfallen von Kaufvertrag und dessen Erfüllung. Sieht man dieses Zusammenfallen als logisch-notwendig für die Entstehung irgendwelcher vertraglichen Beziehungen an, so gelangt man zur Qualifizierung des Kaufs am Automaten als Realvertrag. Dieses zeitliche Zusammenfallen ist jedoch rein zufällig.¹⁷⁾ Die annehmende Willenserklärung, durch die der Automatenbenutzer den Automatenkauf zustande bringt, muß, um überhaupt existent und wirksam zu werden, nach außen in Erscheinung treten, sich manifestieren; jede Willenserklärung setzt einen äußeren Erklärungsakt (objektiver Tatbestand der Willenserklärung) voraus,¹⁸⁾ der den Rechtsfolgewillen (subjektiver Tatbestand der Willenserklärung) nach außen erkennen läßt.¹⁹⁾ Dies gilt selbst-

17) RGRK vor § 433 Randnr. 54; Böhmer, ArchBürgR 38, S.323; Palandt, vor § 433 Anm. 2 a, 3 d, m.w.Nachw.

18) Jauernig, vor § 116 Anm. 4 a

19) Palandt, vor § 116 Anm. 1 a

verständlich auch für eine Willenserklärung im Sinne von § 151 BGB; § 151 BGB verzichtet lediglich auf den Zugang.²⁰⁾ Beim Kauf am Automaten ist objektiver Tatbestand der annehmenden Willenserklärung (also die Manifestation nach außen) eben gerade die Erfüllungshandlung (der Einwurf des Geldes). Gleichzeitig tritt auch der Erfüllungserfolg ein, das Erfüllungsgeschäft ist abgeschlossen. Technisch ist also für den Regelfall des Kaufs am Automaten die den Kaufvertrag annehmende Willenserklärung nicht ohne die gleichzeitige Erfüllung der Käuferpflicht denkbar. Kaufvertragsabschluß und die beiderseitigen Erfüllungsgeschäfte fallen damit zeitlich zusammen. Zwingend ist dies allerdings nicht. Der Kauf am Automaten ohne sofortige Erfüllung der Käuferpflicht ist vorstellbar und wird bereits praktiziert, man denke insbesondere an das Selbstbedienungstanken mittels Kredit- oder Euro-scheckkarte. Der Kausalvertrag wird am Automaten geschlossen, die Erfüllung der Käuferverpflichtung aus § 433 II BGB ist zeitlich hinausgeschoben, erfüllt ist sie erst, wenn dem Gläubiger der geschuldete Betrag auf dem Konto gutgeschrieben (bzw. in bar ausbezahlt) ist, da unter Leistung im Sinne von § 362 BGB nicht die Leistungshandlung, sondern der Leistungserfolg zu verstehen ist.²¹⁾ Wenn man die Zahlung mit garantierter Scheck- oder Kreditkarte richtigerweise mit der Überwiegenden Meinung als Leistung erfüllungshalber ansieht,²²⁾ ist jedenfalls erst bei Eintritt des Leistungserfolges erfüllt, also bei Gutschrift auf dem Konto.²³⁾ Deshalb ist es beim Kauf der Kreditkarte für den Erfüllungszeitpunkt

20) Jauernig, § 151 Anm. 1 m.w.Nachw.

21) Palandt, § 362 Anm. 1

22) Vgl. zum Meinungsstand Münchener Kommentar-Heinrichs, § 364 Randnr. 8; RGRK § 364 Randnr. 6; Palandt, § 364 Anm. 3, § 270 Anm. 1 b ff.

23) Palandt, § 270 Anm. 1 c für die Zahlung mit Scheck; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 1984, S.254

auch nicht entscheidend, ob der Kreditkartenherausgeber das gesamte Delkredere übernimmt. In Amerika und auch der Schweiz ist der Kauf am Automaten mit Kreditkarte sehr verbreitet;²⁴⁾ insbesondere Spezialkreditkarten, die vom Tankstelleninhaber oder Ölfirmen als sog. "Tankschlüssel"²⁵⁾ herausgegeben werden, sind sehr beliebt; der Kunde (der Kreditkarteninhaber) bekommt jeweils am Monatsende eine Rechnung zugesandt, die er dann innerhalb einer Frist zu bezahlen hat. Auch in Deutschland werden solche Käufe mittels Karte bereits praktiziert; zum Teil wird z.B. die ec-Karte dafür eingesetzt. Damit ist nachgewiesen, daß die zeitliche Vereinigung vom Kaufvertragsabschluß und Erfüllungserfolg im Regelfall des Kaufs am Automaten (Zigarettenautomat etc.) nur eine zufällig-tatsächliche, nicht auch eine juristisch-notwendige ist. Das entzieht aber der Qualifizierung des Kaufs am Automaten als (modernen) Realvertrag den Boden.

Eine Gefahr würde die Figur des (modernen) Realvertrages auch für das Abstraktionsprinzip bedeuten. Knüpft man das Zustandekommen vertraglicher Beziehungen an die ordnungsgemäße Erbringung der gegenseitigen Leistungen, so bedeutet das praktisch das gleiche wie eine Verknüpfung von Kausal- und Erfüllungsgeschäft zum einheitlichen Rechtsgeschäft im Sinne von § 139 BGB oder die Verknüpfung des Kausalgeschäfts mit der Bedingung (im Sinne von § 158 I BGB) der ordnungsgemäßen Erfüllung. Letztendlich durchbricht der moderne Realvertrag auf leisen Sohlen das Abstraktionsprinzip. So wurde auch gerade in den Fällen, an denen der moderne Realvertrag entwickelt wird (bei zeitlichem Zusammenfallen von Kausal- und Verfügungsgeschäft),

4) Vgl. Weissensee, Die Kreditkarte - ein amerikanisches Phänomen, 1970, S.20ff.

25) Vgl. Weissensee, a.a.O., S.155; an diesem Kreditkartensystem sind im Unterschied zu allgemeinen Kreditkarten (wie z.B. American Express) nur zwei Parteien beteiligt, da Kreditkartenherausgeber und Vertragsunternehmer in einer Person zusammenfallen.

vereinzelte eine solche Verknüpfung nach § 139 oder § 158 BGB befürwortet.²⁶⁾ Daß diese Versuche dem Abstraktionsprinzip zuwiderlaufen und damit gegen das geltende Recht verstoßen bzw. gar nicht dem Parteiwillen entsprechen, hat Flume überzeugend dargelegt.²⁷⁾ Das Abstraktionsprinzip ist "entscheidendes Strukturelement"²⁸⁾ unserer Rechtsordnung und steht nicht zur beliebigen Disposition der Rechtssubjekte.

Aber selbst wenn man für die kleineren Bargeschäfte des täglichen Lebens diese Durchbrechung tolerieren wollte, wäre die Gefahr der Ausdehnung auf verwandte Bereiche, bei denen es zu untragbaren Ergebnissen kommen würde (etwa beim Selbstbedienungstanken), zu groß.

Letztendlich entscheidend ist jedoch, daß es nicht dem Interesse der beteiligten Parteien entspricht, dem Kauf am Automaten die gegenseitigen Erfüllungsansprüche völlig abzuerkennen, wie es bei der Qualifizierung als Handgeschäft des täglichen Lebens geschieht. Dies zeigt das - einhellig anerkannte²⁹⁾ - Bedürfnis nach den Gewährleistungsansprüchen der §§ 459 ff. BGB. Zwar haben die Parteien - wie gezeigt - kein Interesse an einem primären Erfüllungsanspruch, sehr wohl jedoch an den aus den Primäransprüchen resultierenden Sekundäransprüchen. Es ist inkonsequent, eine Pflicht zu erfüllen zu leugnen, eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Erfüllung³⁰⁾ bzw. eine Ein-

26) Siehe die Nachweise bei Flume, a.a.O., S.178

27) Flume, a.a.O., S.177ff.

28) Flume, a.a.O., S.178

29) Auch von den Vertretern, die dem Automatenkauf Erfüllungsansprüche aberkennen, vgl. z.B. Endemann, a.a.O., S.1020; K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.140

30) So eine Mindermeinung, die eine Verpflichtung der Parteien zur mangelfreien Leistung annimmt und deshalb in den §§ 459 ff. BGB eine Ersatzerfüllungshaftung sieht, siehe Nachweise bei Jauernig, § 459 Anm. I 1 b.

standspflicht für die Mangelhaftigkeit der Erfüllung³¹⁾ aber anzuerkennen. Die erwünschte Anwendung der §§ 459 ff. - gleichgültig, ob man in den §§ 459 ff. BGB eine reine Gewährleistungshaftung oder eine Ersatzerfüllungshaftung sieht - zeigt, daß die Parteien eben doch an der ordnungsgemäßen Erfüllung des Schuldverhältnisses interessiert sind, Wenn dem nicht so wäre, müßte man konsequenterweise bei jeglichen Vertragsstörungen lediglich Rückabwicklungsansprüche annehmen. Diese Konsequenz will aber niemand ziehen, da sie nicht den Parteiinteressen entspricht.

B) Abschluß des Kaufvertrages

Mit der herrschenden Meinung ist davon auszugehen, daß der Kauf am Automaten ein Konsensualvertrag ist, dessen Zustandekommen und Durchführung sich nach den allgemeinen Regeln des BGB bestimmen.

I) Die Vertragspartner

Grundsätzlich sind Partner des mittels Warenautomaten zustande kommenden Kaufvertrages der Automatenbetreiber, der den Automaten aufstellt, und der Benutzer des Automaten,³²⁾ unabhängig davon, ob der Betreiber es versäumt hat, sein Firmen- oder Namensschild pflichtgemäß am Automaten anzubringen. Dies gilt grundsätzlich auch für Automaten, die innerhalb eines Ladengeschäfts oder in erkennbarem Zusammenhang mit diesem Ladengeschäft oder einer

31) So die herrschende Meinung, nach der die Parteien nicht zur mangelfreien Leistung verpflichtet sind, aber eine Einstandspflicht für die Mangelfreiheit haben; die §§ 459 ff. BGB sind danach reine Gewährleistungsansprüche, siehe Nachweise bei Jauernig, § 459 Anm. I 1 b.

32) K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.141

Gastwirtschaft aufgestellt sind, auch wenn mancher Benutzer der Ansicht ist, er kontrahiere mit dem Inhaber des Geschäfts bzw. der Gastwirtschaft.³³⁾ Es ist Sache des vertragswilligen Benutzers, sich über die Identität seines Partners Aufklärung zu verschaffen und bei bestehender Ungewißheit entweder das Risiko eines unerwarteten Partners in Kauf zu nehmen oder eben den Vertragsschluß zu unterlassen. Davon zu trennen ist die Frage, ob nicht ein Gastwirt oder Ladeninhaber unmittelbar gegenüber seinen Kunden aufgrund seiner Rechtsbeziehungen zum Kunden (z.B. Beherbergungsvertrag) die Nebenpflicht hat, bei Fehlfunktionen eines in seinen Räumen aufgestellten Automaten, selbst für Ersatz des Geldes oder der Ware zu sorgen und die Kunden nicht nur an den Automatenbetreiber zu verweisen.³⁴⁾

II) Das Vertragsangebot

Da es sich beim Kauf am Automaten um einen Konsensualvertrag handelt, beurteilt sich das Zustandekommen des Vertrages nach den §§ 145 ff. BGB.

1) Angebot des Automatenaufstellers

Ausgangsfrage muß sein: Wer macht das Vertragsangebot, wann und von wem wird dieses Angebot angenommen? Nach richtiger Ansicht ist im Aufstellen eines gefüllten Automaten ein bindendes Vertragsangebot im Sinne von § 145 BGB zu sehen.³⁵⁾ Diese Erkenntnis ist heute als

33) K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.141

34) Zu Recht für solche Nebenpflichten K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.141f., zur näheren Problematik siehe dort.

35) So die ganz herrschende Meinung, vgl. Soergel/Lange/Hefermehl, § 145, Randnrn. 5, 7; Bürke, a.a.O., S.34f.; RGRK vor § 433 Randnr. 56; Münchener Kommentar-Kramer, § 145 Randnr. 8; Flume, a.a.O., S.636; Palandt, § 145 Anm. 4 a.

gesichert anzusehen. Das Anbieten der Ware im Automaten fällt sicher nicht unter §§ 657 ff. BGB,³⁶⁾ die Freigabe der Ware nach Geldeinwurf ist keine "Belohnung" im Sinne dieser Vorschriften. Auch ist das Aufstellen eines Automaten nicht als bloße invitatio ad offerendum zu qualifizieren.³⁷⁾ Der potentielle Benutzer darf davon ausgehen (und er tut dies auch), daß es nur noch von seiner eigenen EntschlieÙung abhängt, ob er sich aus einem bestückten Automaten durch Geldeinwurf Ware verschafft (Auslegung von Willenserklärungen aus Sicht des Empfängers). Der Automatenbenutzer sieht sich in der reagierenden Rolle. Er würde wohl auch mit Unverständnis und Empörung reagieren, wenn ihm nach Einwurf des Geldes von dem etwa hinzukommenden Automatenbetreiber aus irgendeinem Grund der Kauf der Ware verweigert würde. Im übrigen soll der Kauf ja gerade ohne menschliche Beteiligung auf Seiten des Automatenbetreibers zustande kommen. Auch hat der Automatenaufsteller kein ersichtliches Interesse, sich mit der Aufstellung noch nicht binden zu müssen. Aus all dem folgt, daß das Aufstellen eines Automaten ein bindendes Vertragsangebot im Sinne von § 145 BGB ist. Schiller³⁸⁾ argumentiert, daß diese Konstruktion auch die einzig mögliche sei: Sehe man im Aufstellen eines Automaten nur ein invitatio ad offerendum, so gehe das bindende Angebot vom Benutzer aus; dieses wiederum müÙte dann der Automatenbetreiber bei Freigabe der Ware annehmen. Da aber die Annahme eines Antrags dessen Kenntnis voraussetzt, scheitere der Vertragsschluß daran, daß der Automatenaufsteller praktisch nie weiß, wann und von wem der Automat benutzt werde.³⁹⁾ Diese Argumentation ist allerdings nicht stichhaltig, da auch vertragsannehmende

36) Nachweise bei Schiller, a.a.O., S.22

37) Vgl. Soergel/Lange/Hefermehl, § 145 Randnr. 5

38) S.20ff. und sich ihm anschließend Bürke, a.a.O., S.34f.

39) Unklar insoweit Medicus, Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, S.128 a.E.

Willenserklärungen von vornherein generalisierend (ad incertas personas) abgegeben und zum Abruf und zur Konkretisierung bei Vertragsschluß in einer automatischen Vorrichtung gespeichert werden können.⁴⁰⁾ Deshalb bestehen gegen den Lösungsvorschlag Wolfs⁴¹⁾ insoweit auch keine konstruktiven Bedenken: Er sieht in der Aufstellung des Automaten nicht nur ein invitatio, sondern gleichzeitig vorweggenommene Annahmeerklärungen aller von den Kunden durch Geldeinwurf erklärten Kaufanträge. Plastisch gesprochen speichert also der Betreiber bei der Aufstellung des Automaten in diesem eine Vielzahl von antizipierten, noch unbestimmten, aber bestimmbareren Annahmeerklärungen, die durch die jeweiligen Kaufangebote der Kunden konkretisiert werden. Mit dieser Einordnung vermeidet Wolf es, sich mit den Argumenten auseinandersetzen zu müssen, die gegen die Qualifizierung des Aufstellens eines Automaten als reiner invitatio sprechen. Die gedankliche Konstruktion, daß bereits bei Aufstellen des Automaten die zum Kaufvertrag nötigen (bedingten) Willenserklärungen des Verkäufers - sei es nun ein Angebot oder eine antizipierte Annahme - in den Automaten eingespeichert werden, ist nötig, da der Automat nicht selbständig denken kann und der hinter dem Automaten stehende Verkäufer nicht anwesend ist. Will man in der Automatenaufstellung eine reine invitatio sehen, müßte der Automat das Kaufangebot des Kunden bei Freigabe der Ware mit einer eigenen Willenserklärung annehmen. Das aber kann die Maschine nicht, sie kann nur menschliche Willenserklärungen speichern und sie automatisch abgeben. Deshalb ist es gedanklich nicht möglich, in der Aufstellung und Bestückung eines Automaten eine bloße invitatio zu sehen, bei der Aufstellung muß vielmehr die zum Kaufvertrag notwendige

40) Dieses Problem ist von entscheidender Bedeutung für das Selbstbedienungstanken, siehe hierzu im 4. Kapitel.

41) So Wolf, a.a.O., S.301

Willenserklärung des Verkäufers mit eingespeichert werden. Beim Aufstellen werden also in jedem Fall bindende Willenserklärungen - seien es nur Angebote oder antizipierte Annahmeerklärungen - mit aufgestellt und eingespeichert. Für die oben bereits abgelehnte Konstruktion Wolfs spricht zwar auch der Vergleich mit dem normalen Ladenkauf über die Theke: Dort geht die verbindliche Initiative, also das Angebot, auch vom Käufer aus, während der Verkäufer nur der reagierende, der annehmende Teil ist. Der Kauf am Automaten ähnelt jedoch mehr dem Selbstbedienungskauf als dem gewöhnlichen Ladenkauf: Beim Kauf im Selbstbedienungsladen aber macht das bindende Angebot der Verkäufer, der Käufer nimmt es an. Sowohl beim Kauf aus dem Automaten als auch beim Kauf im Selbstbedienungsladen soll der Käufer gerade dieser (sprachlichen) Initiativeleistung enthoben werden, diese soll wegrationalisiert und -automatisiert werden. Konsequenterweise muß also das Angebot vom Verkäufer stammen. Nur diese Betrachtung wird dem Wesen und Zweck der Selbstbedienung gerecht. Deshalb ist der herrschenden Meinung zu folgen, die im Aufstellen des Automaten das Vertragsangebot, in der Betätigung durch den Kunden die Annahme sieht. Im Übrigen führt die Lösung Wolfs zum gleichen Ergebnis, wie der Weg, den die herrschende Meinung einschlägt; der gedankliche Umweg (der wohl seinen Grund in einem Vergleich mit dem Kauf über den Ladentisch hat) ist unnötig. Wolf läßt den Verkäufer seine antizipierte Annahme - ebenso wie die herrschende Meinung das Angebot des Verkäufers - unter einer Bedingung (daß der Automat beschickt und betriebsbereit ist) erklären. Damit verkennt Wolf aber, daß eine Annahme unter einer Bedingung, die nicht bereits genau so im Angebot beinhaltet ist - was für das Kaufangebot des Automatenkäufers in diesem Fall zumindest anzuzweifeln ist -, eben keine Annahme mehr ist, sondern nach § 150 I BGB ein neues Angebot. Richtig ist also nur, daß anbietender Teil des Kaufs am Automaten der Verkäufer und nicht der Käufer ist.

2) Angebot ad incertas personas

Die Kaufofferte des Automatenaufstellers ist an einen unbegrenzten und unbestimmten Personenkreis gerichtet,⁴²⁾ sog. Angebot ad incertas personas.⁴³⁾ Dies ist nach moderner einhelliger Auffassung zulässig.⁴⁴⁾ Zwar muß sich ein Antrag als empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 130 BGB) stets an einen Antragsgegner richten, es genügt jedoch, daß dieser bei Abgabe des Antrags bestimmbar ist. Bei der Offerte ans Publikum ist dies der Fall, jedermann kann das Angebot annehmen und wird dadurch von der persona incerta zur persona certa. Der Vertragsschluß erfolgt also mit einem vom bestimmbaren zum bestimmten gewordenen Individuum.⁴⁵⁾

3) Bedingtes Angebot

Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, der Automatenbetreiber knüpfe sein Kaufangebot an die Bedingungen der Bestückung und Funktionsbereitschaft des Automaten⁴⁶⁾

⁴⁷⁾ sowie des Einwurfs der geforderten echten Münzen

42) RGRK vor § 433 Randnr. 56; Münchener Kommentar-Kramer, § 145 Randnr. 8; Soergel/Lange/Hefermehl, § 145 Randnr. 5

43) Flume, a.a.O., S.636; Palandt, § 145 Anm. 4

44) Bürke, a.a.O., S.34

45) Da die Zulässigkeit eines Angebots an einen unbestimmten Personenkreis heute ganz einhellige Auffassung ist, wird auf eine nähere Untersuchung verzichtet. Vgl. insoweit Neumond, AcP 89, 166 ff. und die Nachweise bei Bürke, a.a.O., S.36, Fußnote 40.

46) Münchener Kommentar-Kramer, § 145 Randnr. 8; Erman, § 145 Randnr. 5 m.w.Nachw.; im Ergebnis so auch Medicus, a.a.O., S.128, der jedoch von einem Antrag des Automatenbenutzers ausgeht.

47) Die exakte Konstruktion und Formulierung müßte folgendermaßen aussehen: Der Automatenbetreiber speichert in den Automaten die gleiche Anzahl Waren und Willenserklärungen (Angebote); diese Willenserklärungen knüpft er an die Bedingung der Funktionsbereitschaft des Automaten. Ist der Automat defekt, so kann die Willenserklärung gemäß § 158 I BGB nicht wirksam werden, das Kaufangebot wird nicht existent. Ist der

oder Scheine.⁴⁸⁾ Danach kommt ein wirksamer schuldrechtlicher Kaufvertrag nur zustande, wenn der Benutzer das geforderte echte Entgelt in einen gefüllten und funktionierenden Automaten einwirft.⁴⁹⁾

a) Leerer oder defekter Automat

Unproblematisch ist der Fall, daß der Automat, für den Benutzer erkennbar leer oder defekt ist (sei es aufgrund eines angebrachten Hinweises des Betreibers oder etwa eines Sichtfensters). Hier ist kein wirksames Angebot vorhanden. Wenn der Benutzer genau die Anzahl der noch im Automat vorhandenen Stücke erkennen kann, so ergibt sich dies aus der für diesen Fall heranzuziehenden Konstruktion, daß der Betreiber bei der Bestückung des Automaten dieselbe Anzahl von Willenserklärungen (Angebote) wie Verkaufsstücke einspeichert. Waren und Kaufofferte sind "ausgegangen". Da der potentielle Benutzer dies erkennen kann, braucht in diesem Zusammenhang auf das (schuldhaft) Hervorrufen des Anscheins einer Willenserklärung nicht eingegangen werden. Das Anbringen eines Hinweises, der Automat sei defekt, stellt einen Widerruf der gespeicherten Kaufofferten dar.⁵⁰⁾ Ein solcher ist gemäß § 130 I 2 zulässig, da der Widerruf den Benutzer minde-

Automat leer, so sind auch keine Willenserklärungen mehr gespeichert, ein Kaufangebot ist also überhaupt nicht mehr vorhanden. Es handelt sich danach nicht um ein bedingtes Angebot. In Anpassung an die allgemein übliche Bezeichnung soll jedoch auch im Folgenden von einem Angebot, das an die Bedingung eines gefüllten Automaten geknüpft ist, die Rede sein, trotz des zusätzlichen Zweifels, ob man überhaupt von einer Bedingung im Sinne von §§ 158 ff. BGB (objektiv ungewisses Ergebnis) sprechen kann.

48) Bürke, a.a.O., S.28; Palandt, § 145 Anm. 4; Flume, a.a.O., S.636; Erman, § 145 Randnr. 5 m.w.Nachw.; a.A. Neumond, a.a.O., S.193 sowie offensichtlich Soergel/Lange/Hefermehl, § 145 Randnr. 5

49) Zum gleichen Ergebnis gelangen die Vertreter der Lehre vom modernen Realvertrag bzw. Handgeschäft, vgl. K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.138f. und die Nachweise oben bei I 3 a, c.

50) Bürke, a.a.O., S.45

stens gleichzeitig mit der ursprünglichen Kaufofferte erreicht. Schwieriger ist ein dem Benutzer nicht erkennbar werdender Leistungsausfall des Automaten zu beurteilen. Bürke⁵¹⁾ meint, in diesem Falle käme ein Kaufvertrag zustande, wenn der Kunde das Entgelt einwirft, auch wenn der Aufsteller nicht gewillt sei, ein Angebot aufrechtzuhalten, da der Benutzer nach Treu und Glauben von der Existenz einer Kaufofferte ausgehen dürfe. Dieses Argument des Vertrauensschutzes basiert wohl auf der Auslegung von Willenserklärungen aus der Sicht des Empfängers. Aufgrund der Vorschriften der §§ 133, 157, 242 BGB, die entgegen dem Wortlaut für die Auslegung von Willenserklärungen gemeinsam heranzuziehen sind,⁵²⁾ sind empfangsbedürftige Willenserklärungen wie ein Vertragsangebot so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger bei unbefangener Würdigung nach Treu und Glauben verstehen durfte⁵³⁾ (sog. normative Auslegung)⁵⁴⁾. Dieses Abstellen auf den objektivierten Erklärungswert ist insbesondere bei an die Allgemeinheit gerichteten Willenserklärungen unumgänglich: Somit müßte man tatsächlich der Ansicht Bürkes beipflichten. Dies widerspräche jedoch dem Willen beider Parteien, insbesondere auch dem des Automatenbenutzers, dessen Schutz diese Auslegung ja eigentlich dienen soll. Die Auslegung von Willenserklärungen aus der Sicht des

51) Bürke, a.a.O., S.58

52) Palandt, § 157 Anm. 1

53) Palandt, § 133 Anm. 4 c

54) Beim leeren Automat kann man zu diesem Ergebnis auch gelangen, wenn man - wie bereits angedeutet - davon ausgeht, daß in diesem Fall überhaupt keine Willenserklärungen vorhanden sind, also mangels Objekt für eine Auslegung kein Raum ist. Hier wird in zurechenbarer Weise der Anschein einer Willenserklärung gesetzt, der Automatenbetreiber muß sich daran festhalten lassen. Diese Konstruktion ist angelehnt an die richtige Behandlung der unbewußten Willenserklärung (entweder kein Handlungswille oder kein Erklärungsbewußtsein) als voll wirksame Willenserklärung. Vgl. hierzu im einzelnen die Ausführungen von Kellmann, JuS 71, S.609ff.

Empfängers ist ein juristisches Mittel zum Schutz des Empfängers einer Willenserklärung, deshalb muß dieser Grundsatz dort seine Grenzen finden, wo er sich ins Gegenteil verkehrt und dem Schutz des Empfängers zuwiderläuft. Ein Automatenbenutzer ist nach dem vergeblichen Geldeinwurf in einen leeren oder defekten Automaten primär am Rückhalt seines Geldes und nicht an der Erlangung der Ware interessiert. Aus diesem Grunde ist in Einschränkung der normativen Auslegung von Willenserklärungen von einem bedingten Angebot des Automatenbetreibers auszugehen; auch die Besonderheit der automatisierten Speicherung und Abgabe von Willenserklärungen rechtfertigt es, ausnahmsweise stärker auf den wirklichen Willen des Erklärenden abzustellen. Festzuhalten bleibt also, daß beim Geldeinwurf eines gutgläubigen Benutzers in einen defekten oder leeren Automaten kein Kaufvertrag zustande kommt.

b) Mißbrauch des Automaten

Auch die vorgeschriebene Bedienung des Automaten mit der erforderlichen echten Währung soll nach herrschender Meinung der Automatenbetreiber als Bedingung in sein Kaufangebot aufgenommen haben.⁵⁵⁾ Danach kann es in diesen Fällen mangels Konsensus nicht zu einem Vertragsschluß kommen, wenn der "Käufer" mit Falschgeld "bezahlt".⁵⁶⁾ 57)

55) Münchener Kommentar-Kramer, § 145 Randnr. 8; Flume, a.a.O., S.636; Bürke, a.a.O., S.38 und 55; Palandt, § 145 Anm. 4; im Ergebnis so auch die Vertreter der Lehre vom Realvertrag und Handgeschäft, z.B. K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.138f.; a.A. aber offensichtlich (ohne Begründung) Soergel/Lange/Hefermehl, § 145 Randnr. 5

56) So auch schon Schiller, a.a.O., S.74

57) Die gleichen Überlegungen, die für Falschgeld gelten, sind auch für minderwertige (ausländische) Münzen anzustellen, vgl. Bürke, a.a.O., S.38; bei Einwurf höherwertiger Münzen kommt ein Kaufvertrag zustande, vgl. Bürke, a.a.O., S.38f., da das bedingte Angebot des Betreibers nur eine Mindestforderung enthält.

Wenn aus dem Automaten durch Manipulation (etwa mittels eines Drahtes) Waren entwendet werden, so ist dieses Ergebnis selbstverständlich. Weder hat der Entwender den Willen, einen Kaufvertrag zu schließen, noch stellt sich sein Verhalten objektiv nach der Verkehrssitte als eine, einen Kaufvertrag annahmende Willenserklärung dar (siehe nachfolgend zu III)). Zwar will der manipulierende Benutzer gerade erreichen, daß der Automat seine Manipulationen für eine den Kaufvertrag abschließende Willenserklärung und die gleichzeitige Erfüllung des Vertrages hält und deshalb die Ware herausgibt, objektiv stellt sich die Verhaltensweise jedoch (für einen Betrachter) gerade nicht so dar. Eben deshalb findet hier auch die Überlegung ihre Grenze, der Automat sei ein mechanisierter Verkäufer,⁵⁸⁾ der Automatenbetreiber bediene sich einer mechanischen Hilfsperson, aus deren Sicht das Verhalten des mißbräuchlichen Automatenbenutzers auszulegen sei; der Automat habe aber eben an einen Kaufvertragsabschluß geglaubt. Eine Willenserklärung ist so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen durfte und mußte.⁵⁹⁾ Um diese Sicht des Erklärungsempfängers zu ermitteln, ist aber auf eine natürliche Person abzustellen und nicht auf einen Automaten, denn Willenserklärungen empfangen kann immer nur der Mensch, der Automat kann sie höchstens für den menschlichen Erklärungsempfänger aufspeichern. Einem Menschen stellt sich das eben geschilderte Verhalten aber gerade nicht als Kaufabschluß, sondern eben als Diebstahl dar. Aus "Sicht" des Automaten lag zwar eine vertragsannahmende Willenserklärung vor, aus der Sicht eines Menschen - und darauf kommt es an - aber nicht. Für die Benutzung des Automaten mittels Falschgeld allerdings überrascht die These der herrschenden Meinung etwas. Liegt es

58) Dreher, MDR, 52, S.563

59) Palandt, § 133 Anm. 4 c

doch wiederum nahe, mit Dreher⁶⁰⁾ den Automaten als mechanisierten Verkäufer anzusehen und einen Vergleich mit dem Verkauf über den Ladentisch anzustellen. Beim Kauf über den Ladentisch liegt (bei Bezahlung mit für einen Durchschnittsverkäufer nicht erkennbaren⁶¹⁾ Falschgeld) aus Sicht des Verkäufers eine Vertragsannahme (bzw. ein Vertragsangebot) vor (vgl. auch § 116 BGB); es kommt also ein Kaufvertrag zustande, obwohl dem Betrüger sicherlich nicht am Abschluß eines Kaufvertrages gelegen ist, er möchte lediglich den Anschein eines redlichen Käufers erwecken. Der Verkäufer über den Ladentisch knüpft sein Verkaufsangebot nicht an die Bedingung der Bezahlung mit echtem Geld; selbst wenn er es wollte, käme dies aufgrund normativ-objektiver Auslegung dem Empfänger gegenüber nicht zur Geltung. Soll nun aufgrund des automatisierten Verkaufs der Verkäufer zu seiner Absicherung die Verkaufs-offerte an die Bedingung der ehrlichen Bezahlung knüpfen dürfen (den laienhaften Willen, nur mit einem ordnungsgemäß leistenden Partner in vertragliche Beziehung treten zu wollen, hat wohl jeder Vertragsofferent)? Ist der Unterschied im Verkaufsvorgang so groß, daß nach der Verkehrsanschauung einmal von einer unbedingten, das andere Mal von einer bedingten Willenserklärung ausgegangen werden muß, in dem einen Fall der Kaufvertrag also zustande

60) MDR 52, S.563

61) Zweifelhaft bleibt der Fall, daß der Benutzer Münzen verwendet, die eindeutig nicht als das geforderte Entgelt erkennbar sind, z.B. eine 100 Lire-Münze statt eines Ein-Markstückes (oder auch einfach ein reines Metallstück). Hier kann man - um ein Mindestmaß rechtssicherer Abgrenzung zu wahren - nur wie folgt argumentieren: Hätte der Käufer einen geistig minderbemittelten oder unerfahrenen menschlichen Gehilfen engagiert, so hätte dieser sich auch bei dem offensichtlich erkennbaren falschen Entgelt übertölpeln lassen; es liegt also aus menschlicher Sicht noch der äußere Tatbestand einer Willenserklärung vor, - die Schwäche des Gehilfen geht zu Lasten des Verkäufers.

kommt, im anderen Fall aber nicht? Ist es nicht verbraucherfreundlicher, dem Automatenbetreiber das Risiko für den ihm kostensparenden Automatenverkauf aufzubürden und ihn an einer unbedingten Willenserklärung festzuhalten? Der Verkäufer, der einen weniger qualifizierten, dafür billigeren Angestellten mit dem Verkauf betraut, trägt auch das Risiko, daß dieser sich möglicherweise leichter mit offensichtlichem Falschgeld übertölpeln läßt. Warum also soll der Verkäufer nicht auch das Risiko der Schwächen seines mechanisierten Angestellten, des Automaten, tragen?⁶²⁾ Dennoch kann mit Rücksicht auf das beiderseitige Parteiinteresse nicht vom Zustandekommen eines Kaufvertrages ausgegangen werden; weder "Käufer" noch Verkäufer sind daran interessiert. Wollte man aufgrund normativer Auslegung aus der anbietenden Willenserklärung des Aufstellers die Bedingung der ordnungsgemäßen Leistung streichen - aufgrund des Vergleichs mit dem Ladenkauf und der Auslegung der Willenserklärungen aus Sicht des Empfängers -, so geschähe dies - was ja gerade die Auslegung einer Willenserklärung aus der Empfänger-sicht bezweckt - zum Schutz des Automatenkunden. Der bewußt mit Falschgeld "bezahlende" Automatenkunde ist jedoch nicht schutzwürdig, ihn braucht man nicht mit einem unbedingten Kaufvertragsangebot des Aufstellers aus den daraus resultierenden Privilegien eines Vertragsschlusses zu bedenken, ganz abgesehen davon, daß er selbst an einem schuldrechtlichen Vertragsschluß⁶³⁾ keineswegs interessiert ist, er ist nur daran interessiert, den Anschein eines Kaufvertrages zu erwecken. Und dem Automatenbetreiber liegt nichts an einem vertraglichen Band mit einem Betrüger; Schadensersatzansprüche aus §§ 823 ff. BGB sind ihm dienlicher als ein Erfüllungsanspruch aus § 433 II

62) Oder eben Automaten mit verbesserter technischer Münzprüfung installieren.

63) Anders aber hinsichtlich der dinglichen Einigung für den Eigentumsübergang.

BGB. Dieses interessengerechte Ergebnis - bedingtes Angebot des Aufstellers und damit Scheitern des Kaufvertrages bei Mißbrauch - ist auch dogmatisch zu rechtfertigen: Der Falschgeldkäufer kennt den Willen des Verkäufers zur ordnungsgemäßen Bezahlung, er muß also mit einer entsprechenden Bedingung des Kaufangebots rechnen.⁶⁴⁾ Und im übrigen gilt der oben entwickelte Satz: Ein Dieb kauft nicht. Denn auch ein unauffällig mit Falschgeld den Automaten "betrügender" Benutzer ist kein Betrüger, sondern ein Dieb, er nimmt weg (wie später noch gezeigt werden wird). Wer aber etwas - meist heimlich - wegnimmt, schließt vorher keinen Kaufvertrag.⁶⁵⁾

III) Die Vertragsannahme

Angenommen wird das Kaufvertragsangebot des Automatenaufstellers durch Geldeinwurf und Betätigung des Auslösemechanismus seitens des Automatenbenutzers (gemäß § 151 BGB).⁶⁶⁾

1) Das Problem

Da beim Automatenkauf die annehmende Willenserklärung zweifelsohne nicht ausdrücklich, sondern konkludent abgegeben wird, stellt sich die Frage, wann diese Willens-

64) Diese gesamte Argumentation trifft freilich auch für den Kauf über den Ladentisch zu; es wäre also zu überdenken, ob nicht auch in diesem Fall ein schuldrechtlicher Kaufvertragsabschluß scheitert.

65) Dies mag vielleicht die Unterscheidung zwischen dem Kauf über den Ladentisch und dem Automatenkauf rechtfertigen: Ein Betrogener wird durch den Betrug zum Kaufvertragsabschluß verleitet, der Bestohlene schließt keinen Kaufvertrag.

66) Bürke, a.a.O., S.30 und 38; Soergel/Lange/Hefermehl, § 145 Randnr. 5; RGRK vor § 433 Randnr. 56; Münchener Kommentar-Kramer, § 145 Randnr. 8; Palandt, § 145 Anm. 4 a; Erman, § 145 Randnr. 5; Staudinger-Coing, § 145 Randnr. 6

erklärung wirksam wird und gleichzeitig⁶⁷⁾ der Kaufvertrag zustande kommt. Die Antwort auf diese Frage muß sich danach richten, wann nach den Vorstellungen der Parteien und unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung eine vertragliche Bindung eingetreten ist. Von grundsätzlicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der sog. Rücknahmeknopf, mit dem jeder Verkaufsautomat ausgestattet ist. Entscheidende Frage ist deshalb, ob sich die Parteien bereits vertraglich gebunden fühlen, solange der Automatenbenutzer durch Betätigung des Rücknahmeknopfes den endgültigen Leistungsaustausch verhindern kann.⁶⁸⁾ Bejaht man diese Frage, so ist der Vertrag bereits mit Einwurf des geforderten Entgelts⁶⁹⁾ geschlossen;⁷⁰⁾ verneint man sie, so wird der Vertragsschluß erst mit der letzten, die Warenfreigabe bewirkenden Auslösehandlung des Automatenbenutzers perfekt.⁷¹⁾ Nach ersterer Auffassung stellt der Rücknahme-(Störungs-)Knopf die Einräumung eines einseitigen Rücktrittsrechts des Benutzers nach den §§ 346 ff. BGB

67) Auf den Zugang wird gemäß § 151 BGB verzichtet.

68) Herzberg (JA 80, S.390) meint, demjenigen, der seine Münze eingeworfen hat, könne die Stellung eines vertraglich Berechtigten nicht länger verweigert werden. Diese Argumentation vernachlässigt die Bedeutung des Rücknahmeknopfes.

69) Die bloße Äußerung des Annahmewillens ohne eine dokumentierende Handlung ist keine Vertragsannahme; nach der Verkehrsanschauung tritt die Annahme beim Automatenkauf erst durch eine über die verbale Äußerung hinausgehende Manifestation in die Rechtswirklichkeit, vgl. auch Bürke, a.a.O., S.38; Schiller, a.a.O., S.40.

70) So z.B. R. Schmidt, AcP 166, 16f.; vgl. auch RGRK vor § 433 Randnr. 56

71) So z.B. Soergel/Lange/Hefermehl, § 145 Randnr. 5; Münchener Kommentar-Kramer, § 145 Randnr. 8; so im Ergebnis auch K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.139, jedoch ausgehend von der Theorie des modernen Realvertrages; im Ergebnis übereinstimmend auch Medicus, a.a.O., S.128, der jedoch offensichtlich von einer Vertragsannahme durch den Automatenbetreiber ausgeht, siehe hierzu bereits oben.

dar,⁷²⁾ nach letzterer Auffassung verschafft der Rücknahmeknopf dem Automatenbenutzer bei Störungen oder geänder-tem Willensentschluß die Möglichkeit, seine erst zum Teil abgegebene, annehmende Willenserklärung technisch rückgängig zu machen und das vorgeleistete Entgelt wieder zurückzunehmen.

2) Stellungnahme

Solange ein Vertragspartner nach seiner Vorleistung eigenmächtig vom bereits angesetzten, endgültigen Leistungsaustausch formlos Abstand nehmen kann, wird keiner der Vertragsparteien von einer echten rechtlich-vertraglichen Bindung ausgehen (wollen). Die Bindung wird bei- den noch nicht eng und endgültig genug erscheinen. Danach erscheint es sachgerecht, den Rücknahmeknopf als reine Rückabwicklungshilfe der Vorleistung im vorvertraglichen Stadium anzusehen und als Vertragsschluß erst die letzte auslösende Handlung des Benutzers zu werten. Solange der Automatenbenutzer also die Möglichkeit hat, den Rücknahmeknopf zu betätigen, ist kein schuldrechtlicher Vertrag zustande gekommen. Anzumerken bleibt aber folgendes: Die vorstehend aufgezeigte Gedankenführung erfaßt nicht den Sonderfall, daß der Benutzer den Rücknahmeknopf nicht aufgrund eines geänderten Willensentschlusses, sondern nach einem vergeblichen Benutzungsversuch (weil der Automat defekt oder leer ist) betätigt. Hier hat der Benutzer die letzte Auslösehandlung bereits getätigt; würde der Automat funktionieren, könnte er den Rücknahmeknopf gerade nicht mehr drücken. Dennoch kommt es auch in diesem Fall nicht zu einem schuldrechtlichen Vertragsschluß, - jedoch wegen des durch die Funktionsbereitschaft und Be- stückung des Automaten bedingten Vertragsangebots des

72) Vgl. die Auseinandersetzung bei K. Schmidt/v. Ols-
hausen, a.a.O., S.139 mit R. Schmidt, AcP 166, S.17

Automatenbetreibers.⁷³⁾ Als Ergebnis kann also festgehalten werden, daß, solange der Benutzer den Rücknahmeknopf wirksam betätigen kann, ein Vertrag noch nicht abgeschlossen ist. Der Rücknahmeknopf realisiert keine Rückabwicklung nach den §§ 346 ff., sondern eine solche nach den §§ 812 ff. BGB.

IV) Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Der Einbezug von allgemeinen Geschäftsbedingungen des Automatenbetreibers in den Kaufvertrag bestimmt sich nach § 2 AGBG; große praktische Bedeutung kommt der Geltung von allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Kauf am Automaten allerdings nicht zu. Die meisten Automatengeschäfte werden als unbedeutende Bargeschäfte des täglichen Lebens ohne allgemeine Geschäftsbedingungen abgeschlossen.⁷⁴⁾ (Lediglich bei Münztankstellen findet man gelegentlich allgemeine Geschäftsbedingungen.) Grundsätzlich bildet der Kauf am Automaten wie jeder automatisierte Vertragsschluß einen typischen Anwendungsfall des § 2 I Nr. 1 zweite Alternative AGBG.⁷⁵⁾ Die Vertragsparteien treten nicht in persönlichen Kontakt, die beiderseitigen Willenserklärungen werden automatisiert bzw. schlüssig abgegeben, für die Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen muß also ein deutlich sichtbarer Aushang im Bereich des Automaten genügen, da sonst der Rationalisierungseffekt des automatisierten Vertragsschlusses wieder zunichte gemacht würde.⁷⁶⁾ Die Einverständniserklärung

73) Siehe hierzu bereits oben unter II 3 a

74) Vgl. Stein, § 2 Randnr. 15 a.E.

75) Völlig einhellige Meinung, vgl. Dietlein/Rebmann, § 2 Randnr. 3; Koch/Stübing, § 2 Randnr. 26; Stein, § 2 Randnr. 15; Erman, § 3 Randnr. 9; Palandt, § 3 AGBG Anm. 2 b

76) Dies aber gerade will die Vorschrift des § 2 I Nr. 1 zweite Alternative AGBG vermeiden.

des Automatenbenutzers gemäß § 1 I letzter Halbsatz AGBG erfolgt gemäß § 151 BGB schlüssig durch die Betätigung des Automaten; an dem Erklärungswert, der dieser schlüssigen Handlung innewohnt (Auslegung der Willenserklärung vom Empfängerhorizont), muß sich der Automatenbenutzer festhalten lassen. Wegen der Automatisierung des Vertragsschlusses hat der Benutzer nur die Möglichkeit, entweder den Vertrag unter Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuschließen oder vom Vertragsschluß abzustehen. Er kann den Vertrag nicht ohne die allgemeinen Geschäftsbedingungen abschließen, da die Betätigung des Automaten, auch bei ausdrücklicher Verwahrung gegen die allgemeinen Geschäftsbedingungen, objektiv als Einverständnis zu werten ist.⁷⁷⁾

V) Anfechtung des Kaufvertrages

Die Frage der Anfechtungsmöglichkeiten des Kaufvertrages seitens des Automatenbenutzers ist ohne nennenswertes praktisches Interesse. Eine Anfechtung nach § 119 BGB bei Irrtum (also eine Rückgabe der Ware) dürfte beim Kauf am Automaten wegen der Mechanisierung der sofortigen Kaufabwicklung und der hierdurch entstehenden technischen Schwierigkeiten ausgeschlossen sein⁷⁸⁾ (konkludente Bedingung in der Verkaufsofferte des Automatenbetreibers bzw. Reduktion der §§ 119 ff. BGB aus der Natur des Vertrages). Eine (praktisch allerdings kaum denkbare) Anfechtung nach § 123 BGB bleibt dagegen stets unbenommen.

77) Letztendlich ein Fall des venire contra factum proprium, siehe dazu im 1. Kapitel.

78) K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.140

C) Die dingliche Seite des Automatengeschäfts

I) Übereignung des Kaufpreises

Auf die Frage, wann der Automatenbetreiber Eigentümer der als Kaufpreis eingeworfenen Münzen oder Scheine wird, sind verschiedene Antworten denkbar: Bereits beim Einwurf in den Automaten,⁷⁹⁾ zum Zeitpunkt der Münzprüfung⁸⁰⁾ oder in dem Augenblick, in dem der Einwurf der (letzten) Münze die Herausgabe der gewählten Ware ermöglicht bzw., wenn dies nicht automatisch geschieht, in dem Moment, in dem der Benutzer die letzte Auslösehandlung vornimmt.⁸¹⁾ Richtig kann nur eine Lösung sein, die gebührend Rücksicht nimmt auf die Bedeutung des Rücknahmeknopfes und die Vorstellungen der Parteien. Es muß das zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses Gesagte gelten.⁸²⁾ Solange der Benutzer noch die Möglichkeit hat, von dem beabsichtigten Geschäft Abstand zu nehmen (z.B. durch Betätigung des Rücknahmeknopfes), glaubt er sicher nicht, zwar bereits übereignet zu haben, jedoch die Möglichkeit zu besitzen, diese Übereignung rückgängig zu machen.⁸³⁾ Das Geld wird erst Eigentum des Automatenbetreibers, wenn der Benutzer die letzte, auf seiner Seite erforderliche Handlung vorgenommen und sich endgültig der Möglichkeit begeben hat, den Kauf nicht zustande zu bringen. Hinsichtlich der juristischen Konstruktion gilt gleiches wie für den Kaufvertrag:⁸⁴⁾ Das Übereignungsangebot macht der Betreiber

79) So wohl Neumond, a.a.O., S.192f., da er offensichtlich die Übereignung als perfekt ansieht zu einem Zeitpunkt, zu dem sich das (Nicht-)Funktionieren des Automaten erst herausstellt, zu einem Zeitpunkt also, zu dem der Rücknahmeknopf noch betätigt werden konnte.

80) So wohl Bürke, a.a.O., S.40

81) So K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.138

82) Siehe oben unter B) III)

83) So aber R. Schmidt, a.a.O., S.17

84) Siehe hierzu im einzelnen oben unter B) II), III)

(die Willenserklärung wird im Automat gespeichert), der Benutzer nimmt das Angebot zum dinglichen Vertragsschluß an.⁸⁵⁾

II) Übereignung der Ware

Zur Übereignung der Automatenware kommt es unstreitig erst zum Zeitpunkt der tatsächlichen Freigabe seitens des Automaten und der Inbesitznahme durch den Benutzer.⁸⁶⁾ Problematisch ist nur, ob auch der unredliche Benutzer Eigentümer der erlangten Ware wird, anders formuliert, ob der Automatenbetreiber die Übereignungsofferte unter die Bedingung der ordnungsgemäßen Bedienung des Automaten stellt⁸⁷⁾ und ob er die Ware dem unredlichen Benutzer mangels eines entsprechenden Übergabewillens nicht übergibt (§ 929 BGB). Bürke⁸⁸⁾ hält es für eindeutig, daß es in diesem Fall weder zu einem Kaufvertrag noch zu einer dinglichen Übereignung kommt. Daß dies durchaus nicht eindeutig ist, wurde für den Kaufvertrag bereits dargelegt. Das Problem der dinglichen Übereignung ist als zivilrechtliche Vorfrage von entscheidender strafrechtlicher Relevanz.⁸⁹⁾

85) Daß das Geld in Eigentum des Benutzers stand, ist für die Rollenverteilung Anbietender/Annehmender der dinglichen Übereignung unerheblich.

86) Wolf, a.a.O., S.301; Bürke, a.a.O., S.40

87) So Bürke, a.a.O., S.55; Palandt, § 929 Anm. 3 b; im Ergebnis auch K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.139

88) a.a.O., S.55

89) Zweifelhaft ist, ob die unredliche Benutzung eines Warenautomaten nach den §§ 242, 246 oder 265 a StGB strafbar ist (oder insoweit gar eine Strafbarkeitslücke besteht). Die herrschende Meinung hält § 242 StGB für einschlägig: Dies setzt voraus, daß es zu keiner Übereignung - entweder mangels dinglicher Einigung nach § 929 BGB oder/und mangels Übergabewillens des Automatenbetreibers nach § 929 BGB - an den unredlichen Benutzer kommt (sonst fehlt es am

1) Die dingliche Einigung im Sinne von § 929 BGB

Sicher nicht zu einer dinglichen Einigung im Sinne von § 929 BGB kommt es, wenn der Benutzer den Auslösemechanismus durch eindeutig erkennbare, unredliche Manipulationen in Gang setzt: Es fehlt nach dem äußeren Erscheinungsbild am Tatbestand einer Willenserklärung (einer, die Übereignungsangebote annehmenden Willenserklärung des "Benutzers").⁹⁰⁾ Problematischer ist es, wenn sich der Benutzer äußerlich ordnungsgemäß verhält und den Automat mit Falschgeld oder ähnlichem "übertölpelt". Man kann wiederum den Vergleich mit dem Verkauf über den Ladentisch anstellen: Dort mag man am Zustandekommen eines Kaufvertrages zweifeln;⁹¹⁾ daß der unredliche "Käufer" jedoch Eigentümer der erschwindelten Ware wird, ist eindeutig. Auch wenn der Verkäufer die Bedingung der ordnungsgemäßen Bezahlung des "Käufers" in seine Übereignungsangebote aufnehmen will, kann dieser Wille, sofern er nicht ausdrücklich erklärt wird, keine Rechtswirkungen entfalten, da die Übereignungsangebote eben objektiv-normativ vom Empfängerhorizont auszulegen ist. Dies muß auch

Tatbestandsmerkmal fremd) und ihm die Sache nicht (im strafrechtlichen Sinn) "übergeben" wird (sonst fehlt es am Tatbestandsmerkmal des Wegnehmens). Wenn man - wegen des Vergleichs mit dem Kauf über den Ladentisch - eine Übergabe im Sinne von § 929 BGB bejaht, muß man m.E. konsequenterweise eben wegen dieses Vergleichs auch eine dingliche Einigung bejahen: Dann scheidet jedoch eine Strafbarkeit nach § 246 StGB ebenfalls aus (es fehlt am Tatbestandsmerkmal fremd); inkonsequent deshalb m.E. Arzt, S.55; unklar Dreher, MDR 52, S.563f. zur Frage, ob eine wirksame dingliche Einigung vorliegt.

- 90) Siehe hierzu im einzelnen die Begründung zur Frage des schuldrechtlichen Vertragsschlusses, oben III). Ob es bei technischen Manipulationen zu einer Übergabe nach § 929 BGB kommt, ist also von untergeordneter Bedeutung.
- 91) Siehe hierzu oben unter III)

bei den Bar- und Handgeschäften des täglichen Lebens gelten. Für die konkludente Aufnahme einer solchen Bedingung aber ist im Rahmen der dinglichen Einigung kein Raum.⁹²⁾ Die dingliche Einigung ist grundsätzlich nur ein Minimalkonsens,⁹³⁾ dies folgt aus dem Abstraktionsprinzip. Die Hintergründe und Einzelheiten der vertraglichen Beziehungen finden sich im Kausalgeschäft, nicht im Verfügungsge-
schäft. Sollen in den dinglichen Vertrag Besonderheiten (im Sinne von § 154 BGB) aufgenommen werden, muß dies deutlich zum Ausdruck gebracht werden.⁹⁴⁾ Es ist also keineswegs inkonsequent, wenn man zwar eine bedingte Kaufofferte, jedoch eine unbedingte Übereignungsofferte annimmt. Danach ist grundsätzlich von einer (insoweit) unbedingten Übereignungsofferte des Verkäufers über den Ladentisch auszugehen. Die Tatsache der Automatisierung des Verkaufsvorgangs allein rechtfertigt keine anderweitige Betrachtung: Auch die Übereignungsofferte des Automatenbetreibers ist grundsätzlich eine unbedingte. Der unbefangene Betrachter vermag insoweit sicherlich keinen Unterschied erkennen, ob man sich Ware durch Einwurf von Falschgeld in einen Automaten verschafft oder durch Übergabe an einen Verkäufer. In keinem der beiden Fälle wird der jeweils vorhandene, laienhafte Wille, nur gegen echtes Entgelt übereignen zu wollen, erkennbar in die Übereignungsofferte mit aufgenommen. Im Übrigen sei die Frage erlaubt: Welche Vorteile hätte der Automatenbetreiber, wenn der unredliche Benutzer nicht Eigentümer der mißbräuchlich erlangten Ware wird? Einen Eigentumsvorbehalt vereinbart man, wenn man sich wirtschaftlich absichern möchte. Dieses Sicherungsinteresse kann bei den

92) Vgl. insoweit die Hinweise bei Herzberg, JA 80, S.385ff., Fußnote 5 auf die Rechtsprechung zum stillschweigenden Eigentumsvorbehalt.

93) Erklärt wird nur: "dies von mir an dich".

94) Man könnte sagen, daß eine Vermutung bezüglich des Inhalts der dinglichen Einigung für den Minimalkonsens spricht.

Verbrauchsgütern des täglichen Lebens, um die es beim Automatenkauf vornehmlich geht, durch Eigentumsvorbehalt naturgemäß nicht befriedigt werden.

2) Die Übergabe im Sinne von § 929 BGB

- a) Umstritten ist weiterhin, ob die Freigabe der Ware mittels des Auslösemechanismus des Automaten an den unredlichen Benutzer als Übergabe im Sinn von § 929 BGB anzusehen ist.⁹⁵⁾ Es müßte sich um eine Übergabe in Form der Gestattung des Besitzergreifens durch den Benutzer handeln; dieses Gestatten der Besitzergreifung ist aber eine reguläre Übergabe im Sinn von § 929 Satz 1 BGB und hat nichts mit § 854 II BGB zu tun.⁹⁶⁾ Überwiegend wird aber eine Übergabe im Sinn von § 929 BGB verneint.⁹⁷⁾ Dabei wird argumentiert, daß der erforderliche Übergabewille vollständig fehle bzw. die Übergabe bedingt durch die ordnungsgemäße Benutzung des Automaten erklärt wäre. Die gegenteilige Auffassung bejaht eine Übergabe,⁹⁸⁾ da der rein tatsächliche Übergabeakt nicht unter einem Vorbehalt oder einer Bedingung erklärt werden könne⁹⁹⁾ und es hinsichtlich des natürlichen Besitzaufgabewillens keinen

95) Praktisch bedeutsam ist insbesondere, ob diese automatische Freigabe eine Wegnahme im Sinne von § 242 StGB ausschließt.

96) So aber Roxin/Schönemann/Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre, 1977, S.240; zur Begründung der hier vertretenen Ansicht vgl. später.

97) Palandt, § 929 Anm. 3 b; BayOBLG JR 82, S.292 mit insoweit zustimmender Anmerkung von Meurer; Ranft, JA 84, S.6; Schönke/Schröder, " 242 Randnr. 29; BGH, MDR 53, S.563; Albrecht, JuS 83, S.102

98) Dreher, MDR 52, S.564; AG Lichtenfels, NJW 80, S.2206; Arzt, a.a.O., S.55

99) Die Argumentation von Ranft (JA 84, S.6) geht m.E. fehl: Ranft ist der Auffassung, daß die Warenausgabe beim Automaten unter § 854 II BGB einzuordnen sei, damit also kein Realakt, sondern ein Rechtsgeschäft

Unterschied mache, ob ein menschlicher oder ein mechanischer Verkäufer durch Falschgeld übertölpelt wird.¹⁰⁰⁾

- b) Sicher dürfte sein, daß demjenigen nicht übergeben (im Sinne von § 929 BGB) wird, der erkennbar manipuliert, z.B. mittels eines Drahtes den Mechanismus zur Freigabe der Ware auslöst.¹⁰¹⁾ Hier fehlt es bereits an einem äußeren Erscheinungsbild, das man dem Wortsinn nach noch als "Übergabe" (auch in Form der Gestattung der Inbesitznahme) bezeichnen könnte. Schwieriger ist die Beurteilung einer nicht ohne weiteres erkennbaren, unredlichen Manipulation am Automaten. Will man den Vergleich mit dem Verkauf über den Ladentisch ziehen, so könnte man auf einen "Käufer" abstellen, der ebenfalls nach außen deutlich vom Normalverhalten eines Käufers abweicht. Wer nicht den Anschein eines Kaufs erweckt, erhält die Ware auch nicht willentlich übergeben im Sinn von § 929 BGB. Wo es deutlich erkennbar an einer Besitzergreifung durch

vorliege und ein Rechtsgeschäft unstreitig bedingt vorgenommen werden könne. § 854 II BGB paßt jedoch auf die Fallkonstellation beim Automatenkauf nicht, da § 854 II BGB - bereits seinem Wortlaut nach - voraussetzt, daß der Erwerber die tatsächliche Gewalt ohne Mitwirkung des bisherigen Besitzers erlangen und ausüben kann (vgl. Palandt, § 854 Anm. 4 a). Dies ist aber beim Automatenkauf gerade nicht der Fall, da zum Besitzwechsel die Beteiligung des Betreibers zwar nicht in persona, aber doch durch Einschaltung eines diesem zurechenbaren Hilfsmittels, nämlich des Auslösemechanismus des Automaten notwendig ist.

100) Arzt, a.a.O., S.55; Dreher, a.a.O., S.563

101) Daß diese unterschiedliche, unredliche Bedienungsweise - einmal durch Falschgeld oder ähnliches, zum anderen durch technische Manipulationen - möglicherweise eine unterschiedliche juristische Betrachtungsweise rechtfertigen könnte, klingt auch bei Albrecht (JuS 83, S.102) an.

den Benutzer mit (mutmaßlicher) Zustimmung des Veräußerers fehlt, kann keine Übergabe im Sinne von § 929 BGB vorliegen, auch wenn der Automat als verlängerter Arm des Veräußerers übertölpelt wurde und die Ware tatsächlich freigab (durch den in Gang gesetzten Auslösemechanismus).

- c) Problematischer ist die Beurteilung der Rechtslage bei der unredlichen Benutzung des Automaten mittels Falschgeld, bei der sich der unredliche Benutzer nach außen nicht von einem redlichen unterscheidet. Daß hier der äußere Tatbestand einer Übergabe im Sinn von § 929 BGB vorliegt, kann nicht bezweifelt werden; fraglich ist nur, ob die Besitzergreifung durch den unredlichen Benutzer auch gewollt ist.¹⁰²⁾ Meines Erachtens läßt sich ein solcher natürlicher Besitzaufgabewille nicht leugnen. Nicht entscheidend ist hierfür, was der Automatenaufsteller - als Beobachter des Vorgangs gedacht - gewollt hätte.¹⁰³⁾ Eine solche Betrachtungsweise hat mit den realiter stattfindenden Geschehnissen nichts zu tun und bewegt sich im rein hypothetischen Bereich. Da der Automatenbetreiber den Automaten einer menschlichen Hilfskraft vorzieht und dessen Vorteile benutzen will, kann - was seine subjektiven Willenselemente anbetrifft - gerade nicht auf den hypothetischen Willen abgestellt werden, den er hätte, wenn er den aktuellen Vorgang bemerken würde. Gerade weil der Automatenbetreiber sich einer automatischen Hilfskraft, die ja selbst keinen Willen hat, bedienen will, muß er seinen eigenen Willen in den Automaten einspeichern und in bestimmter Form generalisieren,¹⁰⁴⁾ um eine wirksame Übergabe zu ermög-

102) § 929 BGB erfordert einen sog. natürlichen (nicht-rechtsgeschäftlichen) Besitzübertragungswillen, vgl. z.B. Palandt, § 929 Anm. 3 b vor § 104 Anm. 2 d.

103) So aber Seier, JA 80, S.682; Herzberg, JA 80, S.391f.

104) So auch Roxin/Schünemann/Haffke, a.a.O., S.240

lichen und auch, um eine mißbräuchliche Benutzung weitgehend auszuschließen. Kernfrage ist also, in welcher Weise der Automatenbetreiber seinen Besitzübertragungswillen im Sinne von § 929 BGB generalisiert. Hier nimmt - wie ausgeführt - die herrschende Meinung einen generellen Besitzübertragungswillen nur bei ordnungsgemäßer Benutzung an; der Betreiber könne sich nur so vor Mißbrauch schützen, da er anders als der Inhaber eines Ladengeschäfts die Echtheit der empfangenen Münzen nicht rechtzeitig zu kontrollieren in der Lage sei.¹⁰⁵⁾ Diese Argumentation verkennt jedoch zweierlei. Zum einen kann der Automatenbetreiber die Echtheit der Münzen sehr wohl prüfen und tut dies auch durch die im Automaten eingebaute Münzprüfung. Diese Kontrolle ist natürlich nicht absolut sicher, doch auch ein Verkäufer ist nicht gegen Übervorteilung durch Falschgeld gefeit. Zum anderen kann einem natürlichen Willen eines Rechssubjekts im Rechtsverkehr so, wie er gewollt ist, nur dann Geltung zukommen, wenn er nach außen auch so in Erscheinung tritt und für die "Empfänger" erkennbar wird. Was für den Rechtsverkehr bestimmt ist, ihm aber verborgen bleibt, ist juristisch unbeachtlich (vgl. etwa die gesetzliche Regelung des § 116 Satz 2 BGB). Das gilt auch für den Besitzübertragungswillen beim Automatenkauf, wie wiederum ein Vergleich zeigt. Dem unbefangenen Betrachter muß unverständlich sein, daß ihm zwar der Verkäufer, den er mit Falschgeld betrügt, über den Tresen die erschwindelte Ware übergibt und der Verkäufer diese Übergabe auch will, daß er aber dem mit Falschgeld übertölpelten Automaten, der aufgrund des technisch einwandfrei in Funktion gesetzten Auslösemechanismus die Ware freigibt, diese weggenommen

105) So Roxin/Schünemann/Haffke, a.a.O.

haben soll, weil der Automatenbetreiber diese Übergabe nicht gewollt habe.¹⁰⁶⁾ Die von der herrschenden Meinung angenommene einschränkende Generalisierung des Besitzübertragungswillens beim Automatenkauf entspricht nicht den tatsächlichen Verhältnissen: sie ist nicht haltbar.

Und noch ein letzter Aspekt: Fungierte anstelle des Automaten eine menschliche Hilfskraft als Verkäufer, so würde diese betrogen, es würde ihr nichts weggenommen. Stellt man sich nun einen Automaten vor, der technisch so verbessert ist, daß ihm eine Art computergesteuerte Denkfähigkeit zukommt, so würde dieser Roboter, wenn er mit Falschgeld Überlistet wird, betrogen, da er, wenn auch nicht menschlich, so doch mechanisch irrt. Hinzu kommt, daß eine Fehlleistung, der Irrtum des Automaten (das Nichterkennen des Falschgeldes), auf einer Fehlleistung, einem Irrtum des menschlichen Programmierers beruht, der diesen Mißbrauchsfall nicht erfaßt und eingespeichert hat; der ermöglichte Mißbrauch geht also letztlich auf eine menschliche Fehlleistung zurück. Strafrechtlich ist damit die Übertölpelung eines Automaten mit Falschgeld jedenfalls nicht nach § 242 StGB erfaßbar; ob § 265a StGB oder gar § 263 StGB eingreifen, steht in dieser zivilrechtlich orientierten Abhandlung nicht zur Debatte.

106) Die Argumentation Albrechts, man dürfe einen Übergabewillen nicht fingieren, der Automatenbetreiber wolle eine Übergabe bei mißbräuchlicher Benutzung eindeutig nicht (vgl. JuS 83, S.102), erkennt, daß auch der Verkäufer über den Ladentisch dies grundsätzlich nicht will. Er bildet jedoch bei der Übergabe einen konkreten Willen, der zweifellos eine Übergabebereitschaft beinhaltet. Da der Automatenbetreiber keinen konkreten Einzelfallwillen zum Zeitpunkt des jeweiligen Verkaufsvorgangs bilden kann, darf jetzt aber nicht auf diesen allgemeinen Willen abgestellt werden, da dieser allgemeine Wille nicht für den Rechtsverkehr bestimmt ist; für den Rechtsverkehr bestimmt ist der in dargestellter Form generalisierte Wille.

3) Gefahrtragung

Der Begriff der Gefahrtragung umreißt die Problematik des Untergangs der Kaufsache zwischen Abschluß und Erfüllung des Kaufvertrages. Der Kaufvertrag kommt - wie dargelegt - bei Vornahme der letzten erforderlichen Auslösehandlung durch den Benutzer zustande. Zur Übereignung der Ware kommt es im Zeitpunkt der Freigabe durch den Automaten. Praktisch fallen damit Kaufvertrag und Erfüllung zeitlich beinahe zusammen. Fälle der Gefahrtragung sind nicht vorstellbar.

2. Teil: Gegenseitige Ansprüche der Parteien des Automaten- tengeschäfts bei typischen Vertragsstörungen

A) Mangelhafte Vertragserfüllung durch den Automaten

I) Ohne Verschulden des Automatenbetreibers

Liefert der Automat dem Benutzer für sein Entgelt nur minderwertige Ware, so ergeben sich zunächst keine Besonderheiten: Es wurde ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen; damit stehen dem Benutzer grundsätzlich die verschuldensunabhängigen Gewährleistungsrechte aus den § 459 ff. BGB zu,¹⁰⁷⁾ unter Beachtung von § 460 BGB (wenn der Benutzer die Mangelhaftigkeit etwa durch ein Sichtfenster hätte erkennen können).¹⁰⁹⁾ Praktisch wird es bei reinen Mangelschäden jedoch wegen des geringen wirtschaftlichen Interesses kaum zu einer Rechtsverfolgung kommen. Anders kann dies dagegen sein, wenn die mangelhafte Ware

107) Vgl. hierzu Bürke, a.a.O., S.40f

108) K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.140; Bürke, a.a.O., S.49ff.

109) Bürke, a.a.O., S.50f.; R. Schmidt, AcP 166, S.20

zu weiteren indirekten Schäden (Mangelfolgeschäden) führt und den Automatenaufsteller kein Verschulden trifft.¹¹⁰⁾ Schadensersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung, culpa in contrahendo oder §§ 823 ff. BGB scheitern am fehlenden Verschulden, § 463 BGB ist bei einem nur einfachen Fehler im Sinne von § 459 I BGB nicht anwendbar. Deshalb wird teilweise eine verschuldensunabhängige, garantieähnliche Haftung des Automatenbetreibers gefordert,¹¹¹⁾ die entweder deliktsrechtlich als Gefährdungshaftung oder als Vertragshaftung analog §§ 278 oder 242 BGB ausgestaltet werden könnte. Die Argumente, die pro und contra diese Forderung ins Feld geführt werden,¹¹²⁾ sind beachtlich. Die Frage nach einer verschuldensunabhängigen Haftung ist über den Bereich der Warenmünzautomaten hinaus für alle automatisierten Rechtsvorgänge zu stellen.¹¹³⁾

II) Verschulden des Automatenbetreibers

Trifft den Automatenbetreiber ein Verschulden an der Minderwertigkeit der geleisteten Ware, so kommen zu den verschuldensunabhängigen Gewährleistungsansprüchen noch die Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung bzw. culpa in contrahendo (unter Umständen auch § 463 BGB) sowie

110) Beispiele: Trotz ordnungsgemäßer Wartung verderben wegen eines technischen Defekts des Automaten die darin befindlichen Nahrungsmittel, dem konsumierenden Benutzer entstehen Heilungskosten in nicht unerheblichem Maße; der Motor eines Kraftfahrzeuges wird durch minderwertiges Benzin geschädigt.

111) R. Schmidt, AcP 166, S.23; Köhler, AcP 182, S.157f. m.w.Nachw.; anklingend der Gedanke auch bei K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.140, allerdings in anderem Zusammenhang.

112) Systematische Zusammenstellung der wichtigsten Argumente bei Köhler, a.a.O., S.157

113) Siehe insoweit im 5. Kapitel

nach den §§ 823 ff. BGB. Es werden also auch Mangelfolgeschäden abgedeckt. Daneben kann eine Anfechtung nach § 123 BGB möglich sein.

B) Defekter oder leerer Automat

I) Erkennbarkeit des Defekts

Grundsätzlich hat der Betreiber, wenn der Automat defekt oder der Warenvorrat erschöpft ist, einen entsprechenden, deutlich sichtbaren Hinweis anzubringen: Darin ist ein Widerruf seiner Vertragsofferten (§ 130 I 2) bzw. der bloße Hinweis darauf zu sehen, daß ebenso wie die Waren die anbietenden Willenserklärungen "ausgegangen" sind.¹¹⁴⁾ Es kommt also weder zu einem wirksamen Kaufvertrag noch einem Übereignungsgeschäft hinsichtlich des Kaufpreises. Der Benutzer hat (bei Versagen des Rücknahmeknopfes) auch keine bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüche. § 815 BGB steht entgegen.¹¹⁵⁾ Für Schadensersatzansprüche fehlt es an einem Verschulden des Automatenbetreibers.¹¹⁶⁾

II) Mangelnde Erkennbarkeit des Defekts

Nach der hier vertretenen Rechtsauffassung kommt es auch bei fehlendem Hinweis des Automatenbetreibers nicht zu einem Kaufvertragsabschluß, da das Angebot des Automatenaufstellers durch die Funktionsbereitschaft des Automaten bedingt ist.¹¹⁷⁾ Jedoch wird der Automatenaufsteller

114) Zur Konstruktion siehe oben im 1. Teil unter III)

115) Bürke, a.a.O., S.46f.

116) bzw. es wäre von einem Überwiegenden Mitverschulden des Benutzers auszugehen.

117) Siehe oben im 1. Teil unter B) II) 3)

Eigentümer der vergeblich eingeworfenen Geldmünzen.¹¹⁸⁾ Seine diesbezügliche Übereignungsofferte (oder antizipierte Übereignungsannahme) ist unbedingt;¹¹⁹⁾ und auch die auf Übereignung gerichtete Willenserklärung des Benutzers steht nicht unter der Bedingung der Funktionsbereitschaft des Automaten, auch insoweit fehlt es an einer ausdrücklichen Erklärung des Eigentumsvorbehalts, abgesehen vom wiederum fehlendem wirtschaftlichem Sicherungsinteresses des Automatenbenutzers.¹²⁰⁾ Der Beschluß des OLG Düsseldorf v. 28.3.1983¹²¹⁾ ist in diesem Zusammenhang nicht einschlägig: Dort hatte der Angeklagte mittels eines Kaugummis verhindert, daß in einen Münzfernsprecher eingeworfene, nicht verbrauchte Münzen in das Rückgabefach fallen konnten; diese Münzen nahm er später an sich. Das OLG Düsseldorf hatte zur Frage der Eigentumslage an den Münzen Stellung zu nehmen und entschied, daß diese noch im Eigentum der Anrufer stünden, da sie die Übereignung unter der Bedingung erklärt hätten, daß sie die Münzen im Laufe des Telefonats auch verbrauchten. Die Sachverhalte sind nicht vergleichbar: Beim Warenautomat weiß der Benutzer von vornherein, wieviel Geld er benötigt, um die Leistung zu erlangen, beim Münztelefonat (Ferngespräch) stellt sich dies erst heraus, der Anrufer wirft auf Vorrat ein.¹²²⁾

Der Benutzer hat bei Versagen des Rücknahmeknopfes also einen bereicherungsrechtlichen Rückgabeanspruch.¹²³⁾

118) A.A.: K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.139

119) Insoweit gelten die im 1. Teil unter C) II) 1) angestellten Überlegungen entsprechend.

120) Sieh oben im 1. Teil unter C) II) 1)

121) JA 83, S.673ff.

122) M.E. liegt allerdings im Fall des OLG Düsseldorf keine bedingte Übereignungsofferte des Anrufers vor - aus den bereits genannten Gründen -, sondern überhaupt keine, da der Anrufer sie bei Inanspruchnahme einer neuen Sprechereinheit jeweils erst erklärt.

123) Die gegenteilige Auffassung, die einen wirksamen Kaufvertrag bejaht, kommt konsequenterweise zu Erfüllungsansprüchen, siehe Bürke, a.a.O., S.48

Daneben kommt ein Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo oder positiver Forderungsverletzung in Betracht, etwa weil der Automatenbetreiber schuldhaft¹²⁴⁾ seiner Wartungspflicht nicht nachgekommen ist und deshalb der Rückgabeknopf nicht funktioniert bzw. weil kein Hinweis auf die mangelnde Funktionstüchtigkeit am Automat angebracht wurde. In der Praxis wird jedoch kaum je ein meßbarer (Vertrauens-)Schaden entstehen. Ersetzt verlangen kann der Benutzer aber jedenfalls die Aufwendungen, die ihm bedingt durch das Versagen des Rücknahmeknopfes - sofern den Betreiber insoweit ein Verschulden¹²⁵⁾ trifft - entstehen (z.B. Fahrtkosten, Porto etc.).¹²⁶⁾

Wenn der Automat in einer Gastwirtschaft oder einem Ladengeschäft angebracht ist, so kann der Benutzer unter Umständen auch von dem Gastwirt oder Ladeninhaber aufgrund der zu diesen bestehenden vertraglichen Beziehungen Schadensersatz (primär in Form der Rückgabe des vergeblich aufgewendeten Entgelts) verlangen.¹²⁷⁾

C) Mißbräuchliche Benutzung des Automaten

I) Offenkundiger Mißbrauch

Im Falle der offenkundig mißbräuchlichen Benutzung eines Automaten (Manipulationen mittels Draht oder ähnlichem) entstehen keinerlei vertragliche Beziehungen. Der Automatenbetreiber hat einen Rückgabeanspruch aus § 985 oder

124) Auch hier wäre freilich das Bedürfnis für eine verschuldensunabhängige, garantieähnliche Haftung zu prüfen.

125) Auch insoweit wäre eine verschuldensunabhängige Haftung zu erörtern.

126) K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.139

127) Vgl. hierzu ausführlich K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.141f.

§§ 812 ff. BGB bezüglich der erschlichenen Ware. Daneben kann er Schadensersatz gemäß §§ 823 ff. (§ 992) etc. BGB verlangen, nicht nur wegen der entzogenen Ware, sondern auch wegen des indirekten Schadens (Beschädigung des Automaten, entgangener Gewinn wegen zeitweiligen Funktionsausfalls des Automaten).¹²⁸⁾

II) Nicht erkennbarer Mißbrauch

Bei der nicht ohne weiteres erkennbar mißbräuchlichen Benutzung eines Automaten durch Falschgeld etc. hat der Verkäufer grundsätzlich einen Erfüllungsanspruch nach § 433 II BGB, sofern man von einem wirksamen Kaufvertragsschluß ausgeht. Dieser Anspruch kann jedoch, ohne daß dazu weitere Handlungen erforderlich wären, durch Rücktrittserklärung in einen Rückabwicklungsanspruch (§§ 326, 346 ff. BGB) umgewandelt werden, da eine Ablehnungsandrohung bei betrügerischer Handlungsweise des Vertragspartners entbehrlich ist.¹²⁹⁾ Die Erschwerungen des § 326 BGB wirken sich also praktisch nicht aus.

Verneint man einen wirksamen Kaufvertrag und gleichzeitig auch eine Übereignung der Ware an den unredlichen Benutzer, so kann der Automatenbetreiber Herausgabe der Ware nach § 985 BGB verlangen. Bejaht man hingegen eine Übereignung, so hat der Verkäufer einen Rückgewähranspruch gemäß §§ 812 ff. BGB. Daneben stehen dem Automatenbetreiber in jedem Falle Schadensersatzansprüche nach §§ 823 ff. BGB zu. Praktisch wird es jedoch selten sein, daß der berechtigte Verkäufer die erschwindelte Ware in natura zurückerhält, da die in Warenautomaten angebotenen Gegen-

128) Bürke, a.a.O., S.55f.

129) Herzberg (JA 80, S.388) hält eine Ablehnungsandrohung mit Fristsetzung bei Barkäufen des täglichen Lebens zu Recht für stets entbehrlich.

stände fast ausschließlich Dinge des täglichen Lebens - und insbesondere des Verbrauchs sind. Bedeutsam ist also höchstens, was aus den Rückgewähransprüchen wird, wenn eine Rückgewähr wegen Verbrauchs, Verzehrs oder aus anderen Gründen nicht mehr möglich ist. Die Ansprüche verwandeln sich in Schadensersatzansprüche nach § 989 BGB.¹³⁰⁾ Von diesem Ergebnis aus betrachtet treten juristische Konstruktionen in den Hintergrund. Deutlich wird wieder, daß es bei dem Versuch, die Übereignung der Ware zu verneinen, keineswegs um ein berechtigtes Sicherungsinteresse des Verkäufers (vergleichbar mit einem Eigentumsvorbehalt) geht. Ein solcher Sicherungszweck ist bei den Überwiegend geringwertigen Gütern des täglichen Gebrauchs durch juristische Gestaltung der Eigentumslage nicht erreichbar.¹³²⁾ Effektiv schützen kann sich der Verkäufer nur durch tatsächliche Maßnahmen (etwa technisch ausgefeiltere Automaten). Zweck aller juristischen Konstruktionen ist also nicht ein wirksamer Schutz der Verkäuferinteressen; diese sollen vielmehr nur die zivilrechtliche Basis für eine für wünschenswert gehaltene, strafrechtliche Würdigung schaffen. Mit dieser Betrachtungsweise wird aber die spezifische Zwecksetzung des Zivilrechts mit seiner Rechtsinstitute grundlegend verkannt. Deshalb ist daran festzuhalten, daß der unredliche Benutzer Eigentum an der durch Übertölpelung des Automaten erlangten Ware erhält und der Betreiber gegen ihn Ansprüche aus den §§ 812 ff. BGB hat, die sich meist in Schadensersatzansprüchen verwandeln werden.

130) Über §§ 326, 327, 346, 347 bzw. 985 bzw. 818 IV, 292 BGB

131) Vgl. auch Herzberg, JA 80, S.388 zum Themenkreis des Tankens ohne zu zahlen

132) Siehe hierzu genauer im 3. und 4. Kapitel

3. Kapitel: Rechtsverhältnisse in Selbstbedienungsläden

1. Teil: Vertragsschluß im Selbstbedienungsladen

A) Qualifizierung des Kaufvertrages im Selbstbedienungsladen

Auch der Kaufvertrag im Selbstbedienungsladen wirkt als typisches Bargeschäft des täglichen Lebens¹⁾ zunächst die Frage auf: Handelt es sich um den Regelfall eines Kaufvertrages, also um einen Versprechensvertrag im Sinne von § 305 BGB, oder sind der Kaufvertrag und die dingliche Erfüllung in besonderer Weise rechtlich verknüpft, mag man eine solche Verbindung nun als (modernen) Realvertrag oder als Handkauf bezeichnen bzw. eine Verknüpfung von Kausal- und Erfüllungsgeschäft über § 139 oder § 158 BGB annehmen? Anders formuliert lautet die Fragestellung: Haben die Parteien den Willen, Vertragspflichten auf Leistung zu übernehmen,²⁾ oder halten sie ein wirksames Schuldverhältnis erst bei Bewirkung der beiderseitigen (ordnungsgemäßen) Leistungen für entstanden?³⁾ Da sich die Brauchbarkeit einer juristischen Konstruktion meist erst dann beweist, wenn es zu Störungen in der Vertragsabwicklung kommt, seien auch für den Kauf im Selbstbedienungsladen drei typische Störfälle herausgegriffen.

I) Mangelhafte Ware

Stellt der Kunde zu Hause fest, daß die erworbene Ware minderwertig ist, so besteht - wie auch beim Automatenkauf - kein Zweifel daran, daß ihm Gewährleistungsan-

1) Zeitliches Zusammenfallen von Kausalgeschäft und dinglichen Erfüllungsgeschäften

2) Endemann, a.a.O., S.329

3) Kreß, a.a.O., S.84

sprüche zustehen. Ohne Schwierigkeiten gelangt man juristisch zu diesem Ergebnis jedoch nur, wenn man mit der herrschenden Meinung den Kauf im Selbstbedienungsladen als typischen Versprechensvertrag einordnet. Will man dagegen an einer irgendwie gearteten Verknüpfung von Kausal- und Erfüllungsgeschäft festhalten, gelangt man zu dem Ergebnis nur über konstruktive Umwege.⁴⁾

II) Bezahlen mit Falschgeld

"Bezahlt" der Kunde vorsätzlich mit Falschgeld, so besteht kein Zweifel, daß er sich eines Betruges⁵⁾ und keines Diebstahls⁶⁾ schuldig macht; für § 242 StGB fehlt es am Tatbestandsmerkmal fremd.⁷⁾ Dem unredlichen Kunden wird die Ware übereignet.⁸⁾ Der getäuschte Käufer hat einen echten Übereignungs- und Übertragungswillen, da er ja gerade glaubt, es mit einem redlichen Kunden zu tun zu haben. Der sicherlich stets vorhandene allgemeine Wille, nur bei ordnungsgemäß erbrachter Gegenleistung selbst leisten zu wollen, tritt nicht nach außen in Erscheinung (nur dann könnte man von einer Bedingung im Sinne von § 158 BGB oder einer Verknüpfung nach § 139 BGB sprechen) und muß deshalb unbeachtlich bleiben; er erlangt hinter dem konkreten echten Übereignungswillen keine Geltung.

4) Vgl. hierzu im 2. Kapitel die entsprechend geltenden Ausführungen zum Automatenkauf

5) Täuschung durch konkludente Erklärung der ordnungsgemäßen Vertragserfüllung, vgl. Lackner, § 263 Anm. 3 b aa m.w.Nachw.

6) Vgl. für einen vergleichbaren Fall Roxin/Schünemann/Haffke, a.a.O., S.258

7) Natürlich fehlt es auch an einer Wegnahme im Sinne von § 242 StGB.

8) Unabhängig davon, ob das Zustandekommen eines wirksamen Kaufvertrages bejaht oder - wie hier beim Automaten-geschäft bereits angedeutet (s. im 1. Kapitel unter B) II) 3) b)) - besser abgelehnt wird.

Die Anhänger des Realkontrakts leugnen eine Übereignung der Ware an den mit Falschgeld "bezahlenden Kunden";⁹⁾ sie müssen dies auch tun, da sie das Zustandekommen von vertraglichen Beziehungen an die ordnungsgemäße beiderseitige Leistungsbewirkung knüpfen. Daß die von einem Betrüger mit Falschgeld erworbene Ware im Eigentum des Verkäufers verbleibt, ist aber eine reine Behauptung. Auch dieses Beispiel zeigt somit, daß die Lehre vom Realkontrakt die tatsächlichen Geschehensabläufe nicht sachgerecht erfaßt. Nach laienhafter Vorstellung hat die Ware, die ein Kunde durch Zahlung mit Falschgeld erschlichen hat, die Vermögenszuständigkeit gewechselt, wenn auch aufgrund einer Täuschung.

III) Der registrierte Rechnungsbetrag übersteigt die vom Kunden mitgeführte Bargeldsumme

Als letztes Beispiel der typischen Vertragsstörungen sei folgender Fall herausgegriffen: Der Kunde bemerkt nach dem Registrieren der von ihm an der Kasse vorgelegten Waren, daß er nicht genügend Bargeld bei sich hat. Kann der Ladeninhaber Bezahlung der gesamten Ware verlangen? Hat er also aufgrund eines schon geschlossenen Kaufvertrages einen Erfüllungsanspruch oder muß er wegen der Verknüpfung von Kausal- und Erfüllungsgeschäften die Waren, die der Kunde nicht bezahlen kann, zurücknehmen (und kann allenfalls den ihm dadurch entstehenden Schaden ersetzt verlangen)? Auscheiden kann man aus dem Problemkreis meines Erachtens den Erwerb von Frischwaren (Fleisch, Wurst, Käse etc.), die dem Kunden eigens abgewogen, aufgeschnitten und abgepackt werden, da es hier am zwingenden zeitlichen Zusammenfallen von Kausal- und Erfüllungsgeschäften, aus dem unter anderem gerade die ju-

9) Vgl. z.B. Kreß, a.a.O., S.87

ristische Verknüpfung abgeleitet wird, fehlt.¹⁰⁾ Der Käufer äußert hier unzweifelhaft an der Einzelabteilung des Selbstbedienungsladens, eine bestimmte Ware erwerben und bezahlen zu wollen und der Vertreter des Verkäufers nimmt dieses Angebot konkludent durch Abpacken der Ware an; zur Übereignung von Ware und Geld kommt es erst später an der Kasse.¹¹⁾ Bei einem derartig deutlichen Auseinanderfallen von (unwiderruflicher) Entscheidung über den Erwerb und Erfüllung der Käuferverpflichtungen kann nicht davon gesprochen werden, daß erkennbar nur der dingliche Übereignungsvertrag, nicht aber das kausale Schuldverhältnis sei.¹²⁾ 13) Für die übrigen, frei aus den Regalen wählbaren Waren ist zu fragen, welche Interessen die Parteien haben, und wie sich die tatsächliche Situation aus deren Sicht darstellt. Auf Seiten des Kaufmanns ist zu berücksichtigen, daß es unter Umständen organisatorische Schwierigkeiten bereitet, den bereits von der Kasse registrierten Betrag zu stornieren, wenn der Kunde einen Teil der Ware mangels ausreichenden Bargeldes zurückgeben möchte.¹⁴⁾ Andererseits nimmt die Stammkundschaft, die dem Kaufmann und seinem Personal persönlich und namentlich bekannt ist, auch in den Selbstbedienungsläden wie ehe-

10) K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.138; Endemann, a.a.O., S.1018; Boehmer, ArchBürgR 38, S.317ff.

11) Zur sofortigen Übereignung der Ware fehlt es an der Übergabe im Sinne von § 929 BGB seitens des Verkäufers, siehe dazu unten unter c).

12) Endemann, a.a.O., S.1018f.

13) Aus diesem Grunde liegt die Argumentation Dietrichs (DB 72, S.959), dem Kaufmann müsse man einen Erfüllungsanspruch zubilligen, da er die bereits abgepackte Frischware eventuell nicht anderweitig verkaufen könne, neben der Sache. Denn in diesem Fall stellt sich die Frage, ob ein Erfüllungsanspruch besteht oder ob der Vertrag nur in dem Umfang, in dem der Kunde bezahlen kann, zustande kommt (was eine juristische Verknüpfung von Kausal- und Erfüllungsgeschäft in Form eines Realkontrakts voraussetzt) - wie gerade aufgezeigt - gar nicht.

14) Dietrich, DB 72, S.958

mals in den kleinen Tante-Emma-Läden einen großen Teil der gesamten Kundschaft ein,¹⁵⁾ auch in der Großstadt, so daß ein beflissener Kaufmann keine Bedenken haben wird, den offenen Rechnungsbetrag anzuschreiben, also zu stunden; er wird sogar daran interessiert sein, um sich die Kundschaft zu erhalten. Vielfach ist es üblich, daß ein Schuldnerbuch geführt wird und die Stammkunden nur in bestimmten Zeitabschnitten, die bis dahin jeweils angefallenen und notierten Beträge begleichen.¹⁶⁾ Diese Praktiken dienen sowohl dem Kaufmann (der sich seine Stammkundschaft erhalten möchte) als auch den Kunden (die der Sorge um die ständige Bereithaltung von ausreichendem Bargeld insoweit enthoben sind). Beide Parteien haben also Interesse an dieser Praxis und werden sie beibehalten. Es kann also keine Rede davon sein, daß das Zusammenfallen von Kausal- und Erfüllungsgeschäft bei den (Bar-)Geschäften des täglichen Lebens ein logisch zwingendes ist.¹⁷⁾

-
- 15) In Europa ist es noch üblich, mehrmals innerhalb einer Woche einzukaufen, insbesondere da (wieder zunehmend) großer Wert auf frische Ware gelegt wird (vgl. Stehlin, Der Wandel des Verkaufssystems im Detailhandel, S.67ff.). Deshalb gibt es in jedem Selbstbedienungsladen einen großen Kreis von Stammkunden.
- 16) Wie es auch bei der Bezahlung mit Spezialkreditkarten, z.B. dem sog. Tankschlüssel beim automatischen Tanken der Fall ist, siehe hierzu im zweiten Kapitel unter IV).
- 17) An sich handelt es sich bei dieser Fallkonstellation dann gerade nicht mehr um ein Bargeschäft, der Charakter bleibt aber der gleiche. Man könnte natürlich sagen: bezahlt der Kunde bar, liegt ein Realkontrakt vor, vergißt er das Geld, wird aus dem Realkontrakt ein Versprechensvertrag. Diese Trennung wirkt aber erzwungen: der Lebensvorgang bleibt eben doch derselbe, durch die Tatsache, daß der Käufer das Geld vergißt und deshalb seiner Käuferpflicht nicht sofort nachkommt, tritt der eigentliche Charakter des Kaufs (von Gütern des täglichen Lebens) als Versprechensvertrag nur deutlich ans Licht. Der bloß zufällige, sofortige Leistungsaustausch ändert nicht den Charakter eines Rechtsgeschäfts. Im Kauf einer teuren antiken Vase gegen sofortige Bezahlung sieht auch niemand einen Realkontrakt.

Im Übrigen kann auf die Ausführungen im ersten Kapitel zu den Kreditkarten, insbesondere zum sog. Tankschlüssel verwiesen werden. Man kann auch nicht leugnen, daß der Versprechenscharakter bei Kaufgeschäften des täglichen Lebens in Erscheinung tritt: Der Stammkunde, der das Geld vergißt, "verspricht" dem Kaufmann, den Betrag beim nächsten Einkauf zu begleichen.

IV) Resümee

Wie die drei Beispiele gezeigt haben, bietet die Einordnung des Kaufs im Selbstbedienungsladen als typischen Versprechensvertrag die sachgerechteste und den tatsächlichen Geschehensabläufen sowie dem beiderseitigen Parteiwillen am besten gerecht werdende Lösung. Daß es sich durchweg um Geschäfte des täglichen Lebens handelt, ist nur für die Beweislast von Bedeutung: bei Streitigkeiten, ob der Käufer schon bezahlt habe, muß der Verkäufer die Nichtzahlung beweisen, da erfahrungsgemäß bei Geschäften des täglichen Lebens sofort bezahlt wird.¹⁸⁾ Im Übrigen gelten die bereits für die Ablehnung der realvertraglichen Einordnung des Kaufs am Automaten angeführten Argumente.¹⁹⁾

B) Der Kaufvertrag

I) Die Vertragspartner

Partner des Kaufvertrages sind grundsätzlich der Inhaber des Selbstbedienungsladens (eine natürliche oder juristische Person), der sich durch sein Personal vertreten

18) RGKR, vor § 433 Randnr. 54

19) S.o. 1. Kapitel, A)

läßt, und der Kunde. Zu beachten sind jedoch die Grundsätze des Geschäfts, für den, den es angeht,²⁰⁾ wenn etwa eine Haushaltshilfe zum Einkaufen geschickt wird.

II) Abschluß des Kaufvertrages

1) Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

Weitgehend einig ist man sich über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses: der Kaufvertrag kommt erst an der Kasse zustande,²¹⁾ unabhängig davon, wann und von wem Angebot und Annahme erklärt werden.²²⁾ Die Argumente sind zwingend: zum einen läßt sich der Zeitpunkt des endgültigen Vertragsschlusses relativ sicher bestimmen,²³⁾ zum anderen ist es gerade Wesen der Selbstbedienung, daß beide Parteien ein Interesse daran haben, dem Kunden die freie und ungebundene Auswahl solange wie möglich zu erhalten.²⁴⁾ Dem entspricht die heutige Verkehrsanschauung. Jeder Kunde würde mit Unverständnis und Unwillen reagieren, wenn man ihn - bevor er die Kasse passiert hat - daran hindern wollte, einen bereits ausgewählten Artikel wieder ins Regal zurückzustellen oder gegen ein anderes Produkt auszuwechseln. Der Kunde akzeptiert die ausgewählten Güter noch nicht in der Weise, daß er sich ge-

20) Palandt, § 164 Anm. 1 c

21) OLG Frankfurt, DB 64, S.824; Dietrich, DB 72, S.958; Münchener Kommentar-Kramer, § 145 Randnr. 8; RGRK, vor § 433 Randnr. 55; Soergel/Lange/Hefermehl, § 145 Randnr. 6; Medicus, a.a.O., S.129; Erman, § 145 Randnr. 10; Staudinger/Coing, § 145 Randnr. 4; Carlsson, JR 54, S.253ff.; Recke, NJW 53, S.92; Montrose, JR 55, S.55f.; Übersicht bei R. Schmidt, AcP 166, S.18

22) Insbesondere kommt es - wie Bögner (JR 53, S.417f.) meint - keineswegs darauf an, ob der Kaufmann mit dem Auslegen der Waren in den Regalen bereits ein bindendes Vertragsangebot macht, siehe dazu unten.

23) Carlsson, a.a.O., S.252

24) Vgl. im einzelnen, Dietrich, a.a.O., S.957ff.

bunden fühlt. Der Vergleich mit dem Kauf am Automaten bestätigt dieses Ergebnis: dort kommt der Kauf ebenfalls erst zu dem Zeitpunkt zustande, in dem der Käufer die letzte entscheidende, ohne Mitwirkung des Vertragspartners nicht mehr rückgängig zu machende Auslösehandlung vornimmt.²⁵⁾ Eben solange wie beim Automatenkauf durch die Möglichkeit der Betätigung des Rücknahmeknopfes der endgültige Vertragsschluß verhindert werden kann, solange kann der Kauf im Selbstbedienungsladen durch die Möglichkeit des Zurückstellens der Ware ins Regal verhindert werden; in beiden Fällen hält der Kunde sich während dieses Zeitraums noch nicht an den vorzunehmenden Leistungsaustausch gebunden.²⁶⁾ Demgegenüber sind die für einen früheren Zeitpunkt des Vertragsschlusses von Bögner²⁷⁾ ins Feld geführten Argumente nicht überzeugend: Hat der Käufer Waren aus dem Regal genommen, in seinen Einkaufswagen oder -korb gelegt und kommt es zu einer Beschädigung oder dem Verlust der Ware, so ist der Verkäufer bei schuldhaftem Handeln des Käufers hinreichend durch Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo und den §§ 823 ff. BGB geschützt. Fehl geht das Argument Bögners,²⁸⁾ aufgrund dieser Schadensersatzansprüche halte der Kaufmann nur den Einkaufspreis der beschädigten

25) Siehe oben im 1. Kapitel, B) III)

26) Juristisch schwerfälliger und den tatsächlichen Vorgängen weniger gerecht werdend erscheint es, eine mangelnde endgültige Bindung deshalb anzunehmen, weil zwar beim Herausnehmen der Ware aus dem Regal (oder wenig später) ein Vertragsschluß zustande käme, gleichzeitig aber ein Rücktrittsrecht (für den Kunden) vereinbart würde (diese These entspricht der Auffassung, die den Rücknahmeknopf beim Warenautomat als Rücktrittsberichtigung auslegt). Gleiches gilt für eine Auslegung des Selbstbedienungskaus als Kauf auf Probe oder als auflösend bedingter Kauf. Im übrigen entsprächen diese Konstruktionen nicht einer interessengerechten Gefahrverteilung.

27) JR 53, S.418

28) JR 53, S.418

Ware ersetzt. Richtig ist, daß beide Ansprüche grundsätzlich nur auf den Ersatz des negativen Interesses gerichtet sind;²⁹⁾ d.h. jedoch, daß der Geschädigte so zu stellen ist, wie er ohne das schädigende Verhalten des anderen Teils gestanden hätte.³⁰⁾ Kann der Kaufmann beweisen, daß er die Ware anderweitig verkauft hätte, erhält er also auch den ihm bei diesem Geschäft entgangenen Gewinn ersetzt. Dieser Gedanke wird in § 252 BGB³¹⁾ lediglich klargestellt. Es wird auch jedem Kunden einleuchten, daß er die von ihm versehentlich zerstörte Ware in einem Laden in Höhe des ausgezeichneten Verkaufspreises zu ersetzen hat. Wurde von einem Kunden bereits ausgewählte Ware ohne dessen Verschulden beschädigt oder kommt diese abhanden, so hat der Verkäufer meist einen Anspruch gegen einen Dritten, z.B. den Dieb. Das Risiko der Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs aber hat er selbst zu tragen. Denn der Kaufmann kann sich effektiver gegen solche Verlustrisiken schützen;³²⁾ demgegenüber hat der Kunde geringere Einwirkungsmöglichkeiten, da er grundsätzlich die ausgewählten Artikel in vom Verkäufer bereitgestellten Drahtkörben oder -wagen mit sich führt, also sie keineswegs in seinen unmittelbaren Herrschaftsbereich überführt;³³⁾ ³⁴⁾ der Verkäufer will dem Kunden die Ware in diesem Zeitpunkt gerade noch nicht vollständig überlassen.³⁵⁾ Offen bleibt, ob es sich der Käufer gefallen lassen muß, daß ihm der Verkäufer einen ausgewählten Artikel wieder wegnimmt, da er sie noch nicht gekauft,

29) Palandt, § 823 Anm. 12; § 276 Anm. 6 c

30) Palandt, § 276 Anm. 6 c, vor § 249 Anm. 2 g

31) Zu beachten die Beweiserleichterung (Fiktion)

32) Z.B. durch Spiegelsysteme, elektronische Diebstahlsicherung (in großen Warenkaufhäusern), aufmerksames, geschultes Verkaufspersonal, Detektive etc.

33) Wie es z.B. anzunehmen wäre, wenn er die Waren in persönlichen Behältnissen verstauen würde.

34) Anders aber Bögner, JR 53, S.418

35) Siehe hierzu unten unter C)

also keinen Anspruch aus § 433 I 1 BGB hat.³⁶⁾ Dies ist aber weniger ein Problem des Zeitpunkts des Vertragschlusses, als der rechtlichen Qualifizierung der Aufstellung der gefüllten Regale seitens des Kaufmanns als bindendes Angebot.

2) Angebot und Annahme

- a) Im wesentlichen sind drei Konstruktionsalternativen denkbar:³⁷⁾ Angebot des Käufers durch Vorlegen der Waren an der Kasse, Annahme des Verkäufers durch Registrierung der Preise,³⁸⁾ Angebot des Verkäufers durch Auslegen der Ware im Regal, Annahme durch den Käufer bei Vorlegen an der Kasse³⁹⁾ bzw. beim Herausnehmen aus dem Regal unter der aufschiebenden Bedingung des späteren Vorlegens an der Kasse.⁴⁰⁾ Zentralfrage ist also: Stellt das Auslegen der Ware in den Regalen ein bindendes Vertragsangebot oder eine bloße invitatio ad offerendum dar?
- b) Das Auslegen der Ware im Schaufenster ist keinesfalls ein bindendes Angebot im Sinne von § 145 BGB.⁴¹⁾

36) Vgl. Bögner, JR 53, S.418; Dietrich, DB 72, S.958

37) Ausgehend von der gewonnenen Erkenntnis, daß der Kaufvertrag erst an der Kasse zustande kommt.

38) So Dietrich, DB 72, S.958; Montrose, JR 55, S.56; Recke NJW 53, S.92; auch Carlsson, JR 54, S.254; Staudinger-Coing, § 145 Randnr. 4; Erman, § 145 Randnr. 10; Palandt, § 145 Anm. 4 b; OLG Frankfurt, BB 64, S.824

39) So R. Schmidt, AcP 166, S.17f.; Medicus, a.a.O., S.129; Soergel/Lange/Hefermehl, § 145 Randnr. 6; RGRK, vor § 433 Randnr. 55, § 145 Randnr. 11; Münchener Kommentar-Kramer, § 145 Randnr. 8

40) Siehe bei Carlsson, JR 54, S.254

41) BGH NJW 80, S.1380; Palandt, § 145 Anm. 1 b m.w.Nachw.; ansonsten wäre der Kaufmann gezwungen, einem hartnäckigen Kunden das Dekorationsexemplar im Schaufenster zu verkaufen und deshalb ständig umzudekorieren.

Daraus zu schließen, das gelte auch für die Innenregale eines Selbstbedienungsladens, wäre jedoch verfehlt, denn die Innenregale wollen zwar wie die - in Selbstbedienungsläden meist fehlenden - Schaufenster den Kunden zum Kauf anreizen, ihn informieren und ihm die Auswahl erleichtern, sie wollen jedoch nicht nur einen ersten Überblick, eine Auswahl, sondern eine Gesamtschau aller verfügbaren Waren darstellen. Zwar sind auch die Innenregale verkaufspsychologisch ästhetisch reizvoll aufzubauen, der dekorative Dauereffekt des Schaufensters, der gerade gegen ein bindendes Angebot spricht, fällt aber weg. Es spricht auch sonst nichts dagegen, das Aufstellen der Verkaufswaren im Innenregal als bindendes Vertragsangebot zu werten. Dem Kaufmann ist zuzumuten, vor Auslegen der Ware sich definitiv zu überlegen, wieviel er zu veräußern beabsichtigt. Auch in der Auswahl seiner Vertragspartner wird er nicht unbillig eingeschränkt: Daß das bindende Verkaufsangebot (Angebot ad incertas personas) etwa nicht für Personen gilt, denen Hausverbot erteilt wurde, ist selbstverständlich.⁴²⁾ Gegenüber sämtlichen anderen Personen ist der Verkäufer ausreichend durch sein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB bis zur Bezahlung geschützt. Auch zeigt die Praxis, daß der Kaufmann nicht die Möglichkeit haben muß, den Kunden am endgültigen Kauf hindern zu können. Ein etwaiger Irrtum über die Preisauszeichnung läßt sich leicht gemäß § 119 BGB (Erklärungsirrtum) richtigstellen. Und die gewünschte Reservierung für den Stammkunden kann der Verkäufer durchaus sofort vornehmen, solange noch hinreichend Ware vorhanden ist.⁴³⁾ Es ist also nicht

42) Insoweit sind die Angebote bedingt.

43) Solange das Angebot nicht zugegangen ist, hat es noch keinerlei Bindungswirkung, kann also zurückgenommen werden.

ersichtlich, wieso der Verkäufer aufgrund eines (telefonischen) Reservierungswunsches dem Kunden, der den letzten Artikel der gewünschten Gattung bereits ausgewählt hat, diesen wieder soll abnehmen dürfen; zumal der Verkäufer eine telefonische Reservierung auch immer nur unter dem Vorbehalt vornehmen wird, daß der gewünschte Artikel noch vorhanden ist. Zwar steht der Kunde der von ihm ausgewählten und in den Einkaufswagen gelegten, aber noch nicht bezahlten Ware relativ gleichgültig gegenüber⁴⁴⁾ (wenn sie z.B. von einem Dritten genommen wird), er würde jedoch sicher unwillig und mit wenig Verständnis reagieren, wenn ihm der Erwerb eines bereits ausgewählten Artikels vom Ladeninhaber verweigert würde; und der Verkäufer bedarf - wie gezeigt - der Einräumung einer solchen Möglichkeit nicht. Im Übrigen hat der Verkäufer von Massen- und Standardwaren bei Bargeschäften kein Interesse daran zu entscheiden, welches Stück in welche Hände gelangt. Auch der Vergleich mit dem Automatenkauf führt konsequenterweise zu einem bindenden Vertragsangebot des Verkäufers im Selbstbedienungsladen: hier wie dort ist man bemüht, den Verkaufsvorgang soweit wie möglich zu automatisieren, von menschlichem Einsatz also freizuhalten.⁴⁵⁾ Dies erfordert aber gerade, daß sich der Verkäufer hinsichtlich des Teils des Verkaufsvorgangs, der vom menschlichen Einsatz freigehalten werden soll - nämlich der Präsentation der Ware durch den Verkäufer - von vornherein festlegt, seinen Willen generalisiert und sich gerade keine längerfristige, menschliche Entschließungsfreiheit vorbehält.

44) Dietrich, DB 72, S.958

45) Dies ist im Selbstbedienungsladen wegen der Verschiedenartigkeit der angebotenen Artikel und Preis eben nur in begrenztem Umfang durchführbar.

Dieses bindende Angebot des Verkäufers nimmt der Kunde erst an, wenn er die Ware zum Registrieren an der Kasse vorlegt. Die These der sofortigen Annahme unter der aufschiebenden Bedingung der späteren Vorlage an der Kasse ist nicht haltbar. Inhalt einer solchen aufschiebenden Bedingung wäre, daß der Kunde die ausgesuchte Ware später an der Kasse vorlegen, also kaufen möchte und sich den Kaufentschluß nicht doch noch anders überlegt. Das zeigt aber, daß sich der Kunde gerade noch nicht binden möchte. Er kann daher nicht das Bewußtsein haben, bereits einen bindenden schuldrechtlichen Vertrag abzuschließen.⁴⁶⁾

- c) Als Ergebnis ist festzuhalten, daß beim Kauf im Selbstbedienungsgeschäft der Verkäufer durch die Warenpräsentation im Laden ein bindendes Vertragsangebot abgibt, der Kunde dieses durch Vorlegen der ausgewählten Waren an der Registrierkasse annimmt.

3) Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

a) § 2 I Nr. 1 Fall 2 AGBG

Da es sich bei den (Bar-)Geschäften der Selbstbedienungsläden um unbedeutende Massengeschäfte handelt, werden sie grundsätzlich ohne Allgemeine Geschäftsbedingungen abgeschlossen.⁴⁷⁾ Dennoch steht es jedem Kaufmann frei, Allgemeine Geschäftsbedingungen in diese Verträge einzubeziehen - unter Wahrung der Voraussetzungen des § 2 AGBG. Nicht völlig geklärt ist, ob für die Einbeziehung in die Verträge die Voraussetzungen des § 2 I Nr. 1 Fall 1 erforderlich oder die des § 2 I Nr. 1 Fall 2 AGBG

⁴⁶⁾ Vgl. zum Streit um die Zulässigkeit einer aufschiebenden Wollensbedingung die Nachweise bei Jauernig, § 158 Anm. 1 d

⁴⁷⁾ Stein, § 2 Randnr. 15 a.E.

ausreichend sind.⁴⁸⁾ Letzteres ist aus praktischen Gründen für die täglichen Massengeschäfte zu bejahen,⁴⁹⁾ da die Verpflichtung des Verkäufers zu einem jeweiligen ausdrücklichen Hinweis an der Kasse eine zügige Abwicklung der Massengeschäfte verhindern würde,⁵⁰⁾ - was weder im Interesse des Verkäufers noch des Käufers wäre. Aus Gründen der Rechtssicherheit (bezüglich der einheitlichen Behandlung gleichartiger Rechtsgeschäfte) kann nicht auf den Einzelfall abgestellt werden,⁵¹⁾ § 2 I Nr. 1 Fall 2 AGBG gilt für alle typischen Rechtsgeschäfte der Selbstbedienung, auch wenn im Einzelfall einmal ein ausdrücklicher Hinweis ohne Schwierigkeiten möglich wäre.

b) Schadensersatzansprüche gegen den "Dieb" aufgrund von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Eine besondere Bedeutung kommt den am Eingang einiger Selbstbedienungsläden (und Kaufhäuser) angebrachten Tafeln zu, die den Hinweis enthalten, daß gegenüber Waren-dieben eine "Bearbeitungsgebühr" oder ähnliches in Höhe eines bestimmten Betrages (z.B. der doppelten Summe des Diebesgutwerts) erhoben würde (und jeder Kunde sich mit Betreten des Ladens mit dieser Regelung einverstanden erkläre).⁵²⁾ Da eine derartige Schadenspauschalierung

48) Vgl. Koch-Stübing, § 2 Randnr. 27; Stein, § 2 Randnr. 15; Dietlein-Rebman, § 2 Randnr. 3; Palandt, § 2 Anm. 2 b; Ulmer-Brandner-Hensen, § 2 Randnr. S.38f.

49) Anders mag man für den Kauf eines wertvollen Gegenstandes im Warenhaus entscheiden: hier handelt es sich regelmäßig aber gerade nicht um typische Fälle der Selbstbedienung.

50) Dietlein-Rebman, § 2 Randnr. 3; so auch Ulmer-Brandner-Hensen, § 2 Randnr. 39, 40 m.w.Nachw.

51) Koch-Stübing, § 2 Randnr. 27

52) Gegen die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen bestehen keine Bedenken, sofern inhaltlich die Bestimmungen des § 11 Nr. 5 bzw. Nr. 6 sowie stets § 9 AGBG eingehalten werden, vgl. hierzu im einzelnen Canaris, NJW 74, S.526f.

bzw. ein derartiges Vertragsstrafeversprechen⁵³⁾ vom Verkäufer nicht einseitig bestimmt werden kann, erlangen solche Hinweise zunächst nur Gültigkeit, wenn sie eindeutig und unmißverständlich die Fassung eines Angebots zur rechtsgeschäftlichen Vereinbarung haben (wie etwa oben im Klammerzusatz dargestellt).⁵⁴⁾ 55) Erfüllt das Hinweisschild diese Voraussetzung, so stellt sich die Frage, ob eine derartige Bestimmung gerade gegenüber dem Ladendieb Wirksamkeit erlangt, ob der Dieb sich einer solchen Klausel unterwirft. § 2 I letzter Halbsatz AGBG stellt lediglich klar, daß eine vertragliche Vereinbarung nur dann Geltung erlangt, wenn beide Vertragspartner sich mit ihr einverstanden erklären. Kernproblem ist also, ob sich der Ladendieb mit einer derartigen Bestimmung einverstanden erklärt, insbesondere welchem Verhalten ein derartiger Erklärungswert beigemessen werden könnte. Zu unterscheiden sind zwei Fälle.

aa) Der "Dieb" vermeidet jeglichen Kontakt mit der Kasse

Im ersten Fall verläßt der Dieb den Laden unter Mitnahme von Waren und vermeidet jeglichen Kontakt mit der Kasse oder erklärt an der Kasse, er habe nichts gefunden, was seinen Vorstellungen entspräche. Es kommt nicht zu einem Kaufvertragsabschluß. Will man eine Einigung über den Inhalt der vom Kaufmann angebrachten Tafel bejahen, so wäre diese eine selbständige, rechtsgeschäftliche Vereinbarung über eine Schadensersatzpauschalierung. Es

53) Canaris, a.a.O.

54) Dies ist aber auch die einzige Bedeutung der oben im Klammerzusatz angeführten Klausel, ansonsten hat sie nur deklaratorische Bedeutung, sie kann das wirkliche Einverständnis des Kunden keinesfalls ersetzen.

55) Zu dieser Forderung zwingt einmal der Grundsatz der Auslegung von Willenserklärungen aus Sicht des Empfängers, zum anderen § 5 AGBG; vgl. im einzelnen Canaris, a.a.O., S.527

kommt aber nicht zu einer wirksamen Vereinbarung, da der Dieb mit der Geltung der Klausel eben nicht einverstanden ist, der Verkäufer dies auch weiß⁵⁶⁾ und der Dieb kein Verhalten zeigt, dem nach der Verkehrssitte der Erklärungswert einer Einverständniserklärung mit der Klausel beigemessen werden könnte. Auch wenn der Dieb an der Kasse eine ausdrückliche Erklärung abgibt (er habe nichts gefunden), so enthält diese Äußerung keinen zur vertraglichen Einigung über die Klausel führenden Erklärungswert, da der Dieb ja gerade erklärt, sich nicht rechtsgeschäftlich binden zu wollen.

bb) Der "Dieb" bezahlt nur einen Teil der Waren an der Kasse

Im zweiten Fall bezahlt der unredliche Kunde nur einen Teil der von ihm ausgewählten Ware an der Kasse, den anderen Teil verbirgt er währenddessen (etwa in seiner Kleidung) und schafft ihn so ohne Bezahlung aus dem Laden. Es kommt also zum Abschluß eines Kaufvertrages. In diesem Fall bringt der "Kunde" durch das Vorlegen der Ware an der Kasse konkludent seinen Willen zum Ausdruck, den Kaufvertrag zu den vom Verkäufer aufgestellten Bedingungen abschließen zu wollen (die fragliche Bestimmung wird unselbständiger Teil des Kaufvertrages⁵⁷⁾). Auch hier ist der Dieb - wie im ersten Fall - selbstverständlich nicht mit der fraglichen AGB-Klausel einverstanden, dieser wirkliche innere Wille bleibt aber unbeachtlich (Auslegung der Willenserklärung aus der Sicht des Empfängers). Auch hier weiß zwar der Verkäufer, daß ein Dieb grundsätzlich nicht mit dieser Bestimmung einverstanden ist. Im Unterschied zum ersten Fall aber hat das Verhalten an der Kasse gerade die Neutralität verloren, in diesem Moment benimmt sich der Dieb objektiv wie ein redli-

56) So auch Wolschläger, NJW 76, S.13, Fußnote 10

57) Canaris, a.a.O. S.527

cher Benutzer (er will ja auch diesen Anschein erwecken), er muß sich also an dem konkludent erklärten Willen eines redlichen Kunden festhalten lassen. Dem Verkäufer kann nicht mehr entgegengehalten werden, er wisse, daß der Dieb mit einer derartigen Klausel nicht einverstanden sei, da in dem konkreten Augenblick dem Verkäufer gerade nicht erkennbar wird, daß er mit einem Dieb kontrahiert. Zwar will natürlich auch der Dieb im ersten Fall beim Betreten des Ladens wie ein redlicher Kunde wirken, dem bloßen Betreten eines Geschäfts kommt aber kein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert bei, in diesem Zeitpunkt ist der Kunde völlig frei in seinem Entschluß, ob er sich nur über das Warenangebot informieren, ob er kaufen oder ob er stehlen will. Und eben dies bleibt nach seinem äußeren Verhalten völlig offen, niemand vermag ihm seine Absicht anzusehen. Das Verhalten an der Kasse, dem ein Erklärungswert beizumessen wäre, vermeidet der Dieb im ersten Fall gerade. Der AGB-Verwender aber kann den Vertragspartner nicht dadurch, daß er den Hinweis auf die Geltung seiner Bedingung zeitlich dem Vertragsschluß erheblich vorzieht, zwingen, sich früher rechtsgeschäftlich zu binden. Es ist gerade ein charakteristisches Kriterium des Selbstbedienungskaufs, daß der Kunde, bis er sich der Kasse zuwendet, in seinen Entscheidungen ungebunden bleiben soll; er soll keine frühzeitige rechtsgeschäftliche Bindung eingehen müssen. Genau in dieser Richtung geht auch der Wille des Kunden. Stimmt man dieser Gedankenführung zu,⁵⁸⁾ so bleibt anzumerken, daß es keinesfalls zu einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung gekommen ist, wenn der Dieb gestellt wird, bevor er die Kasse passiert hat. Der Kaufmann kann sich somit nicht auf eine wirksame vertragliche Vereinbarung der Schadensersatzpauschalierung bzw. des Vertragsstrafeversprechens berufen.⁵⁹⁾

58) Die m.E. den tatsächlichen Lebensvorgängen am besten gerecht wird.

59) A.A. Canaris, a.a.O., da er dem Betreten des Selbstbedienungsladens rechtsgeschäftlichen Erklärungswert beimißt.

4) Anfechtungsmöglichkeiten

Ein Anfechtungsfall gemäß § 123 BGB ist in der Praxis kaum vorstellbar.

Bemerkt der Verkäufer nach Kaufvertragsabschluß einen Auszeichnungsfehler, so kann er den Vertrag nach § 119 I BGB anfechten. Auch dem Käufer stehen die Anfechtungsmöglichkeiten des § 119 BGB (mit der Folge einer Ersatzverpflichtung nach § 122 BGB) zur Verfügung, sofern er einen Anfechtungsgrund nachzuweisen vermag.⁶⁰⁾ Praktisch vorrangig ist jedoch ein vertraglich vereinbarter oder aus Kulanz gewährter Umtausch. Teilweise muß man wohl einen konkludenten Ausschluß der Anfechtungsmöglichkeit aus der Natur der Sache und des Schuldverhältnisses (Verkauf verhältnismäßig billiger Massengüter⁶¹⁾) annehmen, insbesondere bei individuell abzapackender oder schnell verderblicher Frischware.

C) Übereignung von Ware und Geld

I) Übereignungstatbestände

Mit der Vorlage der Waren an der Kasse kommt der Kaufvertrag zustande. Gleichzeitig einigen sich die Parteien über den dinglichen Rechtsübergang (die juristische Konstruktion ist die gleiche: bindende Offerte des Verkäufers durch Aufstellen der Waren im Regal, Annahme des Käufers durch Vorlage an der Kasse). Im unmittelbaren

60) Um ein Negativbeispiel zu nennen: ein Käufer, der mehr Waren auswählt, als er bar bezahlen kann, ist nicht zur Anfechtung berechtigt; es liegt ein unbeachtlicher Motivationsirrtum vor.

61) So für den Kauf am Automaten K. Schmidt/v. Olshausen, a.a.O., S.140

Anschluß daran wird die gekaufte Ware übergeben⁶²⁾ (die Übereignung wird also damit perfekt) und der Kaufpreis bezahlt. Zu beachten ist, daß es zu einer Übergabe im Sinn von § 929 BGB der einzelnen Waren bereits in dem Moment kommt, in dem der Verkäufer an der Kasse die jeweilige Ware registriert und sie danach entweder dem Kunden direkt zum Einpacken in eine Tasche übergibt bzw. auf dem Rollband in die dahinter befindlichen Ablagefächer schiebt; die Übereignung wird also zu einem Zeitpunkt vollendet, in dem die Ware noch nicht bezahlt ist. An einer Übergabe zu zweifeln, wäre lebensfremd; nach dem Registrieren überläßt der Verkäufer dem Kunden den alleinigen Besitz, damit dieser die Sachen beliebig verpacken oder sofort verbrauchen kann. Den tatsächlichen Abläufen und den Vorstellungen der Parteien entspräche es nicht, wollte man sagen, der kassierende Verkäufer hielte symbolisch einen schützenden Arm und ein wachsames Auge auf die registrierte Ware bis zur Bezahlung des Kaufpreises und verhindere deshalb eine vollständige Besitzübertragung und damit den Eigentumsübergang. Die Hausfrau, die die eingekauften Lebensmittel in ihren Einkaufskorb gepackt hat und nun ihre Geldbörse zückt, um den inzwischen registrierten Gesamtbetrag zu begleichen, hat die gekauften und eingepackten Waren unzweifelhaft übergeben erhalten im Sinne von § 929 BGB.⁶³⁾ Aber auch an einer

62) Eine Übereignung der Waren an den Kunden bereits beim Herausnehmen aus dem Regal scheitert an der fehlenden Übergabe im Sinne von § 929 BGB, da der Verkäufer dem Käufer die Sachen zu diesem Zeitpunkt gerade noch nicht vollständig überlassen will, wie das Bereitstellen der Einkaufswagen und Drahtkörbe zeigt.

63) Anders kann dies freilich in Warenhäusern sein, in denen die Ware vom Verkäufer verpackt wird und der Kunde sie erst nach Begleichung des Kaufpreises (bei Vorlage der die Bezahlung beweisenden Rechnung an einer gesonderten Warenausgabestelle) überreicht erhält. Hier geht eindeutig die Übereignung des Geldes der Übereignung der Ware zeitlich voraus. Eine solche Praxis hat sich dort entwickelt, wo im Durchschnitt höherwertigere Waren veräußert werden; deshalb ist auch ein abweichender juristischer Ablauf einleuchtend.

unbedingten⁶⁴⁾ Übereignungsofferte des Verkäufers zu diesem Zeitpunkt kann ernsthaft nicht gezweifelt werden. Der Verkäufer möchte mit der Übergabe seine Leistungsverpflichtung aus § 433 I 1 BGB vollständig erfüllen: dazu gehört auch die (unbedingte) Einigung über den Eigentumswechsel.⁶⁵⁾ Diesem pflichtgemäßen Schuldnerfüllungsinteressen entspricht auch der Grundsatz, daß ein Eigentumsvorbehalt ausdrücklich erklärt werden muß.⁶⁶⁾

Für den Kauf im Selbstbedienungsladen ist jedoch von entscheidender Bedeutung, daß ein nennenswertes wirtschaftliches Sicherungsinteresse des Verkäufers, das ihn zu einer Übereignungsofferte unter der Bedingung der (späteren) vollständigen Bezahlung an der Kasse veranlassen würde, nicht existiert; zum einen sind die verkauften Güter durchweg geringwertige Massenware, zum anderen verläuft der gesamte Verkaufs- und Übereignungsvorgang unter relativ engem, persönlichem Kontakt zwischen Verkäufer und Kunden.⁶⁷⁾ Der Verkäufer hat bis zur Bezahlung eine realistische und erfolgsversprechende Zugriffsmöglichkeit auf die gekauften Waren (juristische Rechtfertigung, z.B. im Selbsthilferecht nach § 229 BGB). Ganz entscheidend aber ist, daß, sollte der "Kunde" nach Registrierung der Waren den Laden verlassen wollen, ohne zu zahlen, es für den Verkäufer wirtschaftlich bedeutungslos ist - es han-

64) Die Ansicht Flumes (BGB, Allgemeiner Teil II, Das Rechtsgeschäft, § 12 III 4), daß beim Bargeschäft jedes Leistungsgeschäft in seiner Geltung von der Vornahme der Gegenleistung abhängig ist, läuft auf eine bedingte Übereignung, also einen Eigentumsvorbehalt des Verkäufers, hinaus.

65) Vgl. hierzu sehr instruktiv Herzberg, JA 80, S.386

66) So die herrschende Meinung, vgl. auch Herzber, a.a.O., m.w.Nachw.

67) Dieser Gesichtspunkt kommt z.B. bei den Selbstbedienungstankstellen in dieser Deutlichkeit nicht zum Tragen (siehe hierzu im nächsten Kapitel), im Selbstbedienungsladen muß der Käufer regelmäßig eine Kasse passieren, um den Laden zu verlassen.

delt sich durchweg um Ge- und Verbrauchsgüter des täglichen Lebens -, ob er noch Eigentümer der Sache ist oder nicht. Denn auch der Anspruch aus § 985 BGB wird sich - wenn es dem Verkäufer nicht gelingt, dem unredlichen Kunden die Sache sofort abzunehmen - sehr rasch in einen Sekundäranspruch nach den §§ 989 ff. BGB verwandeln; die dingliche Sicherung geht ins Leere. Im Übrigen dürfte eine spätere Durchsetzung der Ansprüche des Verkäufers, unabhängig von der juristischen Einordnung, wenig erfolgsversprechend sein, wenn es dem "Kunden" einmal gelungen ist, den Laden zu verlassen. Wirklich interessiert ist der Verkäufer deshalb nur daran, in erster Linie den Kaufpreis für die Ware zu erhalten und in zweiter Linie die Sache sofort zurückzuerlangen.⁶⁸⁾ Taugliches Mittel ist hier § 229 BGB, unabhängig von der juristischen Über-eignungskonstruktion. Geht man von einer bedingten Über-eignung aus, so besteht ein Herausgabeanspruch aus § 985, bejaht man eine unbedingte Über-eignung, so hat der Verkäufer einen sofortigen Rücküber-eignungsanspruch aus den §§ 326, 346 ff. BGB, da eine Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung bei einem derartigen Vorfall im Rahmen eines Bargeschäfts gekünstelt wirken würde und im Übrigen zwecklos und insbesondere dem Verkäufer nicht zumutbar wäre.

Auch der von Herzberg⁶⁹⁾ erwähnte Gesichtspunkt darf nicht außer Betracht gelassen werden: Zwischen den Parteien kann Vertrauen walten; der Kaufmann nimmt aus Kulanz und Werbung ein gewisses Maß an Risiko in Kauf. Ein juristisches Absicherungsbedürfnis des Verkäufers fehlt in diesen Fällen also tatsächlich.

Die strafrechtlichen Konsequenzen dieser Lösung seien hier nur angedeutet: Hatte der Kunde von vornherein die

68) So auch Herzberg, a.a.O., S.388

69) Herzberg, a.a.O., S.387

Absicht, den Laden nach dem Registrieren der Ware ohne Bezahlung zu verlassen, so macht er sich eines Betrugs schuldig. Faßt er diesen Entschluß erst spontan nach dem Registriervorgang, so scheidet diese strafrechtliche Erfassung mangels Täuschungsabsicht aus; auch §§ 242, 246 StGB greifen nicht, da die Waren zur Zeit der Tathandlung bereits Eigentum des "Kunden" geworden sind. Streitig ist allerdings, ob - wenn der Täter irrigerweise die gekauften Waren noch als im Eigentum des Kaufmanns stehend betrachtet⁷⁰⁾ - ein strafbarer untauglicher Versuch⁷¹⁾ oder ein strafloses Wahndelikt vorliegt. Nach der sog. subjektiven Theorie wäre wohl ein strafbarer untauglicher Versuch anzunehmen, da der Handlungsunwert der Tat gegeben ist;⁷²⁾ auch die Vorstellungen des Täters stehen mit der Rechtsordnung in Einklang, denn er irrt lediglich (wenn auch nicht über tatsächliche Umstände - so doch aber) über einen nicht dem Strafrecht angehörigen Rechtsbegriff⁷³⁾ (nämlich über den zivilrechtlichen Begriff "Eigentum", der Grundlage des strafrechtlichen Begriffs "fremd" ist). Hat der Täter dagegen (laienhaft) richtige Vorstellungen von der zivil- und damit strafrechtlichen Rechtslage, so könnte man, wenn man eine Strafbarkeitslücke vermeiden will, lediglich an § 289 StGB denken. Eine mögliche Strafbarkeit nach dieser Vorschrift setzt allerdings voraus, daß man erstens das Selbsthilferecht des Verkäufers aus § 229 BGB als ein durch § 289 StGB geschütztes "Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht" wertet und zweitens den Wegnahmebegriff in " 289 StGB umfassender sieht als z.B. in § 242 StGB; man müßte eine bloße Vereitelung des geschützten Rechts ohne Gewahrsamsbruch genügen lassen.⁷⁴⁾ Ob freilich ein solches Gesetzes-

70) Parallelwertung in der Laienssphäre genügt

71) Wohl Versuch einer Unterschlagung, da es für § 242 StGB am Gewahrsamsbruch fehlt

72) Dreher, § 22 Randnr. 25 ff. m.w.Nachw.

73) Vgl. Otto, Grundkurs Strafrecht, 1976, S.232

74) So z.B. die herrschende Meinung für die Verteilung des Rechts aus § 559 BGB, vgl. Dreher, § 289 Randnr. 2 m.w.Nachw.

verständnis noch mit dem Analogieverbot des Grundgesetzes (Art. 103 Abs. 2) zu vereinbaren ist, erscheint mehr als zweifelhaft.

II) Gefahrtragung

Wie auch beim Kauf am Automaten sind Fälle der Gefahrtragung - nach der hier vertretenen Lösung - kaum denkbar, da Abschluß des Kaufvertrages und Übereignung des Kaufgegenstandes sich unmittelbar aneinander anschließen. Im Übrigen geht die Gefahr nach § 446 BGB erst auf den Käufer über, wenn ihm die gekauften Waren an der Kasse tatsächlich übergeben werden.

2. Teil: Vertragsstörungen

A) Verschuldete Beschädigung, Zerstörung oder Entwendung der Ware

I) Beschädigung oder Zerstörung

Beschädigt oder zerstört der Kunde im Selbstbedienungsladen (vorsätzlich oder) fahrlässig ausgestellte Waren, so hat nach der hier vertretenen Auffassung der Ladeneinhaber Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo und §§ 823 ff. BGB in Verbindung mit §§ 249 ff. BGB, - gleichgültig, ob sich der Artikel noch im Regal oder schon im Einkaufskorb oder -wagen des Kunden befand. Zur Höhe des Schadensersatzanspruches wurde bereits in anderem Zusammenhang Stellung genommen.⁷⁵⁾

75) Siehe oben im 1. Teil B) II)

II) Entwendung

Der geschädigte Verkäufer hat Schadensersatzansprüche gegen den Dieb aus culpa in contrahendo und §§ 823 ff. BGB. Problematisch ist nur die Höhe des zu ersetzenden Schadens, insbesondere, ob der Dieb die Schadensbearbeitungs- und Anzeigekosten sowie eine ausgesetzte Fangprämie ersetzen muß und anteilig an den sog. Vorsorgekosten (Fernsehkameras, Hausdetektiv etc.) beteiligt werden kann.⁷⁶⁾ Dieses spezifisch schadensrechtliche⁷⁷⁾ Problem sei hier nur gestreift. M.E. sind die Vorsorgekosten nicht anteilig ersatzfähig, da sie als Schutzmaßnahmen für das Eigentum der Risikosphäre des Eigentümers angehören. Auch Fangprämien sind als Maßnahmen des Eigentumsschutzes wohl nicht ersatzfähig. Die zivilrechtlichen Rechtsverfolgungskosten dagegen sind zu ersetzen.

B) Unverschuldete Beschädigung

Kommt es im Laden zu einer vom Kunden nicht zu vertretenden Beschädigung von Waren, die der Kunde bereits ausgewählt hat, so trägt der Verkäufer - mangels Übergangs der Gefahr auf den Käufer - den Verlust.⁷⁸⁾

C) Der Rechnungsbetrag übersteigt den vom Käufer mitgeführten Bargeldbetrag

Übersteigt der an der Kasse registrierte Rechnungsbetrag den Bargeldbetrag, den der Kunde tatsächlich bei sich hat, so ist zu erwägen, ob der Kaufvertrag nur in Höhe

76) Vgl. insbesondere Canaris, NJW 74, S.525ff.; Musielak, JuS 77, S.531ff.; Münchener Kommentar-Grunsky, vor § 249 Randnr. 75 f. m.w.Nachw.

77) und hinreichend diskutierte

78) Siehe hierzu bereits oben

eben dieses Bargeldbetrages, den der Kunde tatsächlich zu leisten vermag, zustande kommt.⁷⁹⁾ Eine solche Lösung würde jedoch den beidseitigen Parteiinteressen nicht gerecht werden.⁸⁰⁾ Zunächst steht es den Parteien frei, den Kaufvertrag einverständlich in der Höhe des übersteigenden Betrages aufzuheben. Weigert sich der Kunde, so kann der Kaufmann seine Rechte aus § 320 BGB geltend machen. Sinnvoll erscheint es jedoch, das Kaufvertragsangebot des Verkäufers dahingehend auszulegen, daß es mit einer Rücktrittsberechtigung des Käufers für die geschilderte Fallkonstellation verbunden ist. Dies entspricht einmal der tatsächlichen Praxis (sofern der Kaufmann den offenen Kaufpreis dem ihm bekannten Kunden nicht storniert), zum anderen ergeben sich dadurch für den Verkäufer rein tatsächlich keine Nachteile, da auch die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts aus § 320 BGB zum praktisch gleichen Ergebnis führt, daß der Verkäufer die Ware ohne Bezahlung behalten muß und der Kunde unter Umständen nicht mehr zurückkommt, um die bestehende Forderung aus § 433 II BGB zu begleichen. Ob dem Käufer darüber hinaus ein Anfechtungsrecht zusteht, ist deshalb ohne Bedeutung.

79) Nach der Lehre vom Realvertrag müßte man zu diesem Ergebnis gelangen.

80) Siehe hierzu bereits oben

4. Kapitel: Rechtsverhältnisse an Selbstbedienungstankstellen

1. Teil: Vertragsschluß beim Selbstbedienungstanken

A) Qualifizierung

Auch für das Tanken an Selbstbedienungstankstellen sei die Frage nach der rechtlichen Qualifizierung der dort entstehenden, vertraglichen Beziehungen an den Anfang gestellt: Ist der Kauf von Kraftstoff ein gewöhnlicher Versprechensvertrag im Sinne von § 305 BGB oder sind Kauf und Übereignung des Kraftstoffes in besonderer Weise rechtlich verknüpft?¹⁾ Um die Konsequenzen deutlich zu machen, eignet sich der typische Problemfall des Tankens an Selbstbedienungszapfsäulen: der Kunde tankt, zahlt aber nicht, sei es, daß er generell nicht zahlen will oder momentan nicht zahlen kann. Will man beim Selbstbedienungstanken eine besondere rechtliche Verknüpfung von schuldrechtlicher und dinglicher Seite favorisieren und das Entstehen von gegenseitigen Erfüllungsansprüchen leugnen, so stünden sich im skizzierten Problemfall die Parteien ohne vertragliche Beziehungen gegenüber, da es am Austausch der beiderseitigen, ordnungsgemäßen Leistungen gebricht und - wie in den vorhergehenden Kapiteln erläutert - dann Erfüllungsansprüche gerade nicht begründet werden sollen.²⁾ Die Realität zeigt jedoch, daß die Parteien sehr wohl an schuldrechtlichen Erfüllungsansprüchen - die eine wirksame vertragliche Beziehung voraussetzen - interessiert sind, sich also durchaus etwas "versprechen" und nicht nur faktisch Leistungen austauschen wollen.

1) (moderner) Realvertrag, Handkauf oder Verknüpfung über § 158 bzw. § 139 BGB

2) So nach der Lehre vom (modernen) Realvertrag bzw. Handgeschäft

Denn der Tankstellenbesitzer, der den unredlichen Kunden, der sich ohne Bezahlung aus dem Staube zu machen versucht, erwischt, möchte zunächst das ihm zustehende Geld erhalten.³⁾ Diese Möglichkeit verschafft ihm der Anspruch aus § 433 II BGB. Erst in zweiter Hinsicht wird er an dem vielleicht umständlicheren und aufwendigeren Weg, sein Benzin zurückzuerhalten, interessiert sein; gerade auf diesen Weg aber müßte man ihn verweisen,⁴⁾ wenn man den Versprechenscharakter des Benzinkaufs an Selbstbedienungstankstellen leugnet. Und der Kunde, der nach beendetem Tankvorgang feststellt, daß er kein Geld bei sich hat, ist meist sehr daran interessiert, den anfallenden Betrag später begleichen zu dürfen und nicht das Benzin absaugen lassen zu müssen. Auch der Tankstellenbesitzer stundet der Einfachheit halber lieber dem Kunden den Kaufpreis, sofern ihm dieser ehrlich erscheint und Namen und Adresse hinterläßt. Auch bei Tankstellen ist es vielfach üblich, daß Stammkunden nur einmal im Monat sämtliche bis dahin angefallenen Tankrechnungen begleichen. Wiederum ist auf das Kreditkartensystem, insbesondere in Form des sog. Tankschlüssels hinzuweisen. Aus alledem folgt, daß es keineswegs interessengerecht ist, vertragliche Beziehungen zu leugnen, wenn es nicht zu einem

3) Er hat auch eine reelle Chance, denn der ertappte Dieb wird sich vielfach doch entschließen, zu bezahlen, etwa wenn ihm dafür der Tankstellenbesitzer zusagt, von einer Anzeige abzusehen. Falls der unredliche Kunde entwischt, besteht über das Autokennzeichen die Möglichkeit, die Identität zu erfahren.

4) Schadensersatzansprüche (etwa gemäß § 823 II BGB) können hier und insoweit außer Betracht bleiben, da es an dieser Stelle zunächst nur um eine juristische Einordnung der primär sich - aufgrund einer natürlichen und unverbildeten Betrachtung - ergebenden tatsächlichen Situation geht: der Tankstelleninhaber, der den flüchtenden, unredlichen Kunden gerade noch erwischt, wird sicher zunächst zu diesem sagen: "bezahle sofort das von dir getankte Benzin" und nicht etwa "ich fordere von dir Schadensersatz für das nichtbezahlte Benzin".

faktischen Leistungsaustausch kommt, und dem Selbstbedienungstanken als einem Geschäft des täglichen Lebens den Versprechenscharakter grundsätzlich abzuerkennen.⁵⁾ Hinzu kommt, daß der eigentliche Ansatzpunkt für einen derartigen Einordnungsversuch - nämlich das zeitliche Zusammenfallen von Kausal- und Erfüllungsgeschäften - bereits fehlt: der Kaufvertragsabschluß und die Übereignung des Kaufpreises fallen zeitlich doch deutlich auseinander.⁶⁾

B) Der Kaufvertrag

I) Die Vertragspartner

Der Kunde einer Tankstelle tritt in unmittelbaren Kontakt mit dem Tankstelleninhaber und dessen Personal. Der Tankstelleninhaber ist aber grundsätzlich nur Pächter der Tankstelle und verkauft das Benzin im Namen und für Rechnung der Mineralölgesellschaft.⁷⁾ Die Verträge kommen also zwischen dem Kunden und der Mineralölgesellschaft zustande.

II) Der Vertragsschluß

Das Zustandekommen des Kaufvertrages im einzelnen ist weniger von praktischem als von dogmatischem Interesse.

5) Wie beim Automatengeschäft und Kauf im Selbstbedienungsladen gezeigt, ist eine grundsätzliche, rechtliche Einordnung vorzunehmen. Sie kann nicht differenzieren, je nachdem, ob es zu einem Leistungsaustausch Ware gegen Bargeld kommt oder nicht.

6) Siehe hierzu unten

7) So die entsprechenden Hinweistafeln der Tankstellen, siehe auch Deutscher, JA 83, S.125; Herzberg, JA 80, S.386

1) Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Es bieten sich zwei konstruktive Möglichkeiten an: entweder wird der Vertrag bereits beim Tanken an der Zapfsäule abgeschlossen⁸⁾ oder erst bei der Bezahlung im Kassenraum.⁹⁾ Zur Diskussion im Schrifttum ist folgendes anzumerken: Dem Kunden darf nach Beendigung des Tankvorgangs die Stellung eines vertraglich Berechtigten nicht verweigert werden,¹⁰⁾ da er bereits durch eigenes Tun faktisch die Erfüllung der Verkäuferpflicht herbeigeführt hat.¹¹⁾ Umgekehrt kann aber auch dem Verkäufer nicht die Stellung eines vertraglich Berechtigten verweigert werden, da der Käufer bereits seine Gegenleistung vereinnahmt hat. Die Argumentation ist insoweit die gleiche wie beim Münzautomat; was dort zur Bedeutung des Münzeinwurfs für die rechtliche Position des Käufers entwickelt wurde, gilt sinngemäß zur Bedeutung des Benzineinfüllens für die Stellung des Verkäufers nur mit umgekehrten Vorzeichen.¹²⁾ Ein Vergleich mit dem Kauf im Selbstbedienungsladen und dem Kauf am Automaten macht dieses Ergebnis evident. Für beide Fälle wurde festgestellt, daß der Vertrag zustande kommt, sobald die letzte, zu einer faktischen Endgültigkeit des beabsichtigten Leistungsaustausches führende Entscheidung fällt und der Leistungsaustausch unmittelbar in Gang gesetzt wird (bzw. bereits ist); beim Automatenkauf ist der die Endgültigkeit demon-

8) So Herzberg, a.a.O., S.389f.; ders. in NJW 84, S.896; OLG Düsseldorf, JR 82, S.343; Borchert/Hellmann, NJW 83, S.2800; OLG Hamm, NSTZ 83, S.266; unklar insoweit Ranft, JA 84, S.4

9) So Deutscher, JA 83, S.127; Gauff, NSTZ 83, S.507

10) Vgl. im einzelnen Herzberg, NJW 84, S.897

11) Herzberg, JA 80, S.390

12) Siehe dazu oben im 2. Kapitel, 1. Teil, B) III); dort allerdings wird der Vertragsschluß - wie dargelegt - noch hinausgezögert, da die Vereinnahmung der erbrachten Leistung ohne weiteres rückgängig gemacht werden kann.

strierende Moment die Vornahme der letzten Auslösehandlung seitens des Benutzers,¹³⁾ beim Selbstbedienungskauf das Eintippen der Kaufpreisbeträge in die Kasse.¹⁴⁾ Daraus folgt zwingend, daß beim Selbstbedienungstanken der Kauf zustande kommen muß, sobald der Kunde die jeweilige Benzinmenge in den Tank füllt, denn in diesem Moment wird (von beiden Parteien) die Endgültigkeit des beabsichtigten Leistungsaustausches demonstriert. Beim Kauf im Selbstbedienungsladen soll der Kunde sich bis zur Bezahlung an der Kasse gerade nicht binden müssen, beide Parteien haben daran ein großes Interesse. Beim Tankvorgang läuft es dagegen entweder dem Interesse des Kunden zuwider, daß ihm nach dem Tankvorgang der Vertragsschluß verweigert werden soll¹⁵⁾ bzw. widerspricht es umgekehrt dem Interesse des Tankstelleninhabers, daß der Kunde nach beendetem Tankvorgang die Möglichkeit haben soll, von einem endgültigen Kaufvertragsabschluß abzusehen.¹⁶⁾ Außerdem fällt der beim Selbstbedienungskauf verfolgte Zweck, die Entscheidungsfreiheit des Kunden so lange wie möglich zu erhalten und so seine Entschlußfreudigkeit zu reizen und zu fördern, beim Tanken weg, da der Kunde für die Fahrbereitschaft seines Wagens nur Benzin braucht und die Tankstelle nur Benzin anbietet. Die besondere Bedeutung des Wählenkönnens - wie Deutscher¹⁷⁾ sie betont - ist beim Selbstbedienungstanken, was den reinen Tankvorgang anbelangt, eben gerade nicht von Bedeutung. Eine Steigerung der Kauflust für Benzin ist durch Selbstbedienungstankstellen nicht zu erwarten und auch nicht beab-

13) Siehe oben im 2. Kapitel, 1. Teil, B) III)

14) Siehe oben im 3. Kapitel, 1. Teil, B) II) 1)

15) Unterstellt, das Aufstellen der Zapfsäulen sei bloß invitatio ad offerendum und der Einfüllvorgang erst Vertragsangebot (dazu im Text B) II) 2))

16) Unterstellt, das Aufstellen der betriebsbereiten Zapfsäule sei ein bindendes Vertragsangebot ad incertas personas (dazu im Text B) II) 2))

17) JA 83, S.127

sichtigt; beabsichtigt ist ausschließlich eine Arbeits- und Personal- und damit Kostenersparnis.

2) Angebot und Annahme

- a) Streitig ist in Rechtsprechung und Literatur, wer beim Selbstbedienungstanken der anbietende Teil ist: Entweder trägt der Tankstelleninhaber dem Kunden durch das Aufstellen einer betriebsbereiten Zapfsäule den Vertragsschluß an und der Kunde nimmt durch das Einfüllen des Benzins dieses Angebot an¹⁸⁾ oder der Einfüllvorgang stellt das Angebot, das Zulassen dieses Vorgangs seitens des Tankstelleninhabers die Annahme (nach § 151 BGB) dar.¹⁹⁾
- b) Für die Auffassung, der Einfüllvorgang sei erst das Angebot, wird insbesondere mit dem Vergleich zum Kauf im Selbstbedienungsladen²⁰⁾ und der daraus resultierenden Überlegung argumentiert, daß sich der Verkäufer - insbesondere in Zeiten mit Versorgungsengpässen²¹⁾ - die Entscheidung, wieviel und an wen er verkaufen will, vorbehalten möchte.²²⁾ Dieser Gedankengang ist zwar in sich konsequent, aber nicht überzeugend. Wie beim Kauf am Automaten und beim Kauf im Selbstbedienungsladen gibt der Verkäufer mit dem Bereitstellen der zu veräußernden Ware ein bindendes Kaufangebot im Sinne von § 145 BGB ad incertas personas ab.²³⁾ Die zum Kauf am Automaten und im Selbstbedienungsladen

18) So Borchert/Hellmann, NJW 83, S.2800; RGRK § 145 Randnr. 11

19) So OLG Düsseldorf JR 82, S.343; offensichtlich auch OLG Hamm NSTZ 83, S.266; Herzberg, JA 80, S.389f.; Palandt, § 145 Anm. 4 b; auch Deutscher, JA 83, S.126

20) Deutscher, JA 83, S.126

21) Herzberg, JA 80, S.390

22) OLG Düsseldorf JR 82, S.343

23) Siehe oben im 2. Kapitel, 1. Teil, B) II) 2)

entwickelten Argumente gelten für das Selbstbedienungstanken sinngemäß. Da es sich nur um den Verkauf von Standardmassenware handelt, hat der Verkäufer - anders als etwa ein Antiquitätenhändler - grundsätzlich kein Interesse an der Person des Käufers. Hinsichtlich der zu verkaufenden Menge kann man vom Verkäufer erwarten, daß er sich vorab Gedanken macht, wieviel er verkaufen kann und will und dies durch die Bereitstellung der entsprechenden Menge deutlich macht.²⁴⁾ Dies dürfte ihm ein leichtes sein: will er den Verkauf beenden, braucht er nur die Zapfsäule per Knopfdruck zu sperren, das rote Licht leuchtet auf²⁵⁾ und ein Kaufangebot ist nicht (mehr) existent. Ein Kunde würde zumindest mit Befremden reagieren, wenn er am Beginn des Tankvorgangs vom Tankstelleninhaber mit der Begründung, an ihn nicht verkaufen zu wollen, gehindert würde. Dies beweist, daß der Autofahrer eine grün aufleuchtende Zapfsäule als ein bindendes Angebot zum Tanken an jedermann ansieht und auch ansehen darf.²⁶⁾ Letztlich ist es gerade der Sinn des Selbstbedienungstankens, daß die persönliche Beteiligung des Verkäufers am Tankvorgang - d.h. Kaufabschluß und Erfüllung der Verkäuferpflicht - ausgeschaltet wird; der Verkäufer soll beim Selbstbedienungstanken nur auf die Entgegennahme der Bezahlung - die Erfüllung der Käuferpflicht - und eine gewisse, allgemeine Überwachung und Beobachtung beschränkt sein. Die gegenteilige Auffassung²⁷⁾ übersieht in ihrer Konstruktion, daß sie gerade wieder eine persönliche Beteiligung des Verkäufers, nämlich in dem bewußten Zulassen des Tankens als Vertragsannahme einführt, also einen Rückschritt in Rich-

24) Vgl. auch Medicus, a.a.O., Randnr. 362

25) Im Zweifel geschieht dies bei erschöpftem Benzinvorrat automatisch

26) Auslegung von Willenserklärungen aus Sicht des Empfängers

27) Siehe oben Fußnote 18)

tung Tanken mit Bedienung macht und damit juristisch den modernen rechtsgeschäftlichen Lebensvorgang nicht richtig erfaßt. Der eigentliche Verkaufsvorgang soll von der persönlichen Beteiligung des Verkäufers - abgesehen von der Entgegennahme der Bezahlung - vollständig freigehalten werden. Die Beteiligung des Verkäufers wird vorverlagert; das aber setzt voraus, daß der Verkäufer seine Willensentscheidungen vorab trifft und diese in entsprechender und in zumutbarer Weise generalisiert. Damit dürfte auch das Argument Herzbergs,²⁸⁾ eine betriebsbereite Selbstbedienungszapfsäule könne schwerlich mehr ausdrücken als ein stumm bedienungsbereit wartender Tankwart, widerlegt sein: die Zapfsäule, die der Kunde selbst bedienen kann, soll gerade den Tankwart ersetzen (seine Person soll ersatzlos wegfallen); da sie aber eine Maschine ist, kann sie nur generalisierte Willenserklärungen speichern und abgeben (und das gerade ist auch der Zweck der Selbstbedienung), sie kann aber nicht selbstständig Willensentscheidungen treffen, wie das der Tankwart konnte. Leugnet man das Zustandekommen des Kaufs an der Zapfsäule, verkennt man den Zweck der Selbstbedienung, auch Willensentscheidungen und Kommunikation innerhalb eines rechtsgeschäftlichen Vorgangs zu automatisieren.

- c) Die hier vertretene Lösung hat einen weiteren Vorteil. Die Gegenauffassung²⁹⁾ sieht sich nämlich dem Vorwurf ausgesetzt, daß es zu keinem Kaufvertragsabschluß³⁰⁾ kommen könne, solange der Tankvorgang vom Tankstelleninhaber unbemerkt bleibt, da ein unbewußtes Gewähren-

28) NJW 84, S.897

29) Die die Annahme des Kaufantrags im stillschweigenden Zulassen des Tankvorgangs seitens des Tankstelleninhabers sieht

30) Und entsprechend auch nicht zur dinglichen Einigung über den Eigentumswechsel, siehe hierzu später

lassen rechtlich ein Unterlassen, also ein Schweigen darstelle, welches nur in den gesetzlich vorgesehenen oder richterrechtlich entwickelten Fällen als Willenserklärung zu behandeln ist.³¹⁾ Diese Schwierigkeit vermeidet die hier vertretene Lösung.

- d) Angemerkt sei jedoch, daß der die Gegenmeinung tref-
fende Vorwurf nicht gerechtfertigt ist. Richtig ist
zwar der Ansatzpunkt, daß ein Schweigen grundsätzlich
keine Willenserklärung, sondern gerade das Gegenteil
einer Erklärung ist.³²⁾ Im konkreten Fall des Selbst-
bedienungstankens könnte jedoch aus der Sicht des Käu-
fers (Auslegung von Willenserklärungen aus Sicht des
Empfängers) dem Zulassen des Tankens als einem Schwei-
gen ein objektiver Erklärungswert beizumessen sein
(sog. beredtes Schweigen),³³⁾ nämlich die Bedeutung
der Annahme eines Angebots zum Kaufvertragsabschluß.
Folgt man dieser Überlegung, so scheitert die Existenz
einer annehmenden Willenserklärung nicht etwa am feh-
lenden Erklärungsbewußtsein des Tankstelleninhabers³⁴⁾
(auch wenn man tatbestandlich das Vorliegen einer Wil-
lenserklärung bei fehlendem Erklärungsbewußtsein ver-
neint),³⁵⁾ da dieser sich generell bewußt ist, daß
Autofahrer anfahren und zu tanken beginnen (gerade
deshalb öffnet er seine Tankstelle dem Publikum). Er
hat also ein allgemeines Erklärungsbewußtsein insofern
als er weiß, was es bedeutet, wenn ein Kunde zu tanken
beginnt und er nicht einschreitet. Ein derartig ver-
allgemeinertes Erklärungsbewußtsein genügt für eine
Willenserklärung. Ein aktuelles Erklärungsbewußtsein

31) So Deutscher, JA 83, S. 126

32) Palandt, vor § 116 Anm. 3 b vor aa

33) Palandt, a.a.O., Anm. 3 b aa

34) So Gauff, NSTz 83, S.507; Deutscher, NSTz 83, S.508

35) Vgl. die Nachweise zum Meinungsstand über die Bedeu-
tung des Erklärungsbewußtseins bei Palandt vor § 116
Anm. 4

im Einzelfall setzt das BGB nicht voraus. Ein solches Erfordernis würde auch den Anforderungen unserer automatisierten und rationalisierten Zeit nicht gerecht; insoweit kann auch auf die Ausführungen im 1. Kapitel Bezug genommen werden. Herzberg³⁶⁾ weist zu Recht darauf hin, daß täglich tausendfach Verträge abgeschlossen werden, bei denen der eine Vertragspartner nur ein allgemeines Erklärungsbewußtsein hinsichtlich der Einzelofferte oder -annahme³⁷⁾ hat. Unbestritten ist heute, daß eine Offerte ad incertitas personas, bei der dem Erklärenden im Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens (Zugang, § 130 I 1 BGB) das konkrete Erklärungsbewußtsein fehlt, zulässig ist. Ebenso möglich ist aber auch eine derart allgemein gehaltene Vertragsannahme.³⁸⁾ Deshalb kann man keineswegs von der Fiktion einer Willenserklärung sprechen.³⁹⁾ Der Vertragspartner kann dieser Willenserklärung dann zur Wirksamkeit im Rechtsverkehr verhelfen und ihre Konkretisierung bewirken, indem er selbst eine Willenserklärung abgibt und damit die des Partners zugehen läßt. Das Wirksamwerden der ad incertitas personas abgegebenen Willenserklärung ist gleichsam mit der Bedingung verknüpft, daß ein anderer sie annimmt (so beim Automatenkauf) oder ein ihr entsprechendes Angebot abgibt (so beim Selbstbedienungstanken). Der Einwand von Borchert/Hellmann,⁴⁰⁾ daß im

36) NJW 84, S.897f.

37) Wenn Gauff (NSTz 83, S.507) Herzberg (NSTz 83, S.251f.) vorwirft, er verlasse seine früher bezogene Ausgangsposition (in JA 80, S.389f.) - der Kunde mache das Angebot -, so ist dies falsch: Herzberg führt gerade den Nachweis, daß auch eine Vertragsannahme generalisiert und mit allgemeinem Erklärungsbewußtsein abgegeben werden kann.

38) Vgl. auch Herzberg, NSTz 83, S.252

39) So Gauff, NSTz 83, S.507; Gauff übersieht die Möglichkeit einer Vertragsannahme ad incertitas personas oder leugnet sie, - allerdings ohne Begründung.

40) NJW 83, S.2800

Zeitpunkt der Annahme der Inhalt des Antrages bekannt sein müsse, kann nicht überzeugen. Wäre nämlich diese Behauptung zutreffend, müßte umgekehrt demjenigen, der ein Angebot ad incertas personas abgegeben hat, im Zeitpunkt der Annahme dieses Angebots ebenfalls der konkrete Inhalt der Annahme bekannt sein. Dann aber könnte es nie zu einem Vertragsschluß aufgrund eines Angebots ad incertas personas kommen. Es genügt vielmehr beim Selbstbedienungstanken, daß die vertragsannehmenden Willenserklärungen des Tankstelleninhabers durch die Abgabe von Angeboten seitens der Kunden rechtswirksam und konkretisiert werden und damit zu einem Vertragsschluß aufgrund übereinstimmender Willenserklärungen führen. So wie beim Kauf am Automaten⁴¹⁾ der Automat die Offerten speichert und dem jeweiligen Benutzer zugehen läßt, so kann man sich die Annahmeerklärungen des Tankstellenbesitzers in der Zapfsäule gespeichert vorstellen (wie auch die Zapfsäule nach der hier eigentlich vertretenen Ansicht die bindenden Vertragsangebote des Tankstelleninhabers speichert); diese Willenserklärungen gehen dem jeweiligen Kunden nach der Verkehrsanschauung erst in dem Moment zu, in dem das Benzin durch den Schlauch strömt - sofern sie der Tankstelleninhaber nicht vorher durch Sperren der Zapfsäule widerruft -, nicht aber schon in

41) Der Hinweis Deuschers (NSTZ 83, S.508), der Vergleich des Selbstbedienungstankens mit dem Automatenkauf passe nicht, da beim Automatenkauf eben kein Kontakt der Vertragspartner gewollt, beim Selbstbedienungstanken das Bemerkwerden des Kunden durch den Tankstelleninhaber während des Tankens aber Teil eines so organisierten Geschäftsablaufs sei, geht fehl: Gerade dieser Teil des Selbstbedienungstankvorgangs soll - wie der Name bereits andeutet - in gewisser Hinsicht eben schon automatisiert und vom persönlichen Kontakt, sei er auch nur in kontrollierender Form, freigehalten werden. Der Tankstelleninhaber beschränkt sich auf eine allgemein gehaltene Überwachung des Tankbetriebes.

dem Moment, in dem der Kunde die Zapfsäule ins Auge faßt (hierin liegt der Unterschied zu der in dieser Abhandlung vertretenen Auffassung). Dieser Konstruktion steht nicht entgegen, daß das BGB das Vertragsangebot zeitlich vor die Vertragsannahme gesetzt hat, denn eine umgekehrte Reihenfolge ergibt sich beim Selbstbedienungstanken nur bei der Abgabe der Willenserklärungen, nicht aber bei deren Wirksamwerden, also dem Zugang; und nur auf diesen Zeitpunkt kommt es in der Rechtswirklichkeit an. Diese Gedankenführung läuft auf die von Wolf⁴²⁾ für den Automatenkauf vorgeschlagene Vertragsannahmeerklärung hinaus.⁴³⁾ - Soviel zur rein konstruktiven Rechtfertigung der von der hier vertretenen Lösung abweichenden Auffassung.

- e) Nach richtiger Auffassung signalisiert die betriebsbereite Zapfsäule ein bindendes Vertragsangebot, das der Kunde durch Beginn des Tankvorgangs konkludent annimmt. Anzumerken bleibt, daß die Gegenmeinung die Möglichkeit für den Verkäufer, den Vertragsschluß zu verhindern, zeitlich nur geringfügig hinausschiebt, nämlich um die Zeitspanne zwischen dem Bemerken der Betriebsbereitschaft einer Zapfsäule durch den Kunden⁴⁴⁾ bis zum Beginn des Einfüllvorgangs. Daß der Verkäufer für diesen minimalen Zeitraum angesichts der bereits angeführten Argumente eines besonderen Schutzes bedürfte, ist nicht ersichtlich.

⁴²⁾ a.a.O., S.301

⁴³⁾ Siehe oben im 2. Kapitel, 1. Teil, B) II) 3a)

⁴⁴⁾ Ab diesem Zeitpunkt ist nach der hier vertretenen Auffassung der Tankstellenbesitzer an sein Angebot gebunden, § 130 I BGB.

3) Angebot, solange der Vorrat reicht

Das Angebot des Tankstelleninhabers ist auf den vorhandenen Vorrat beschränkt (Bedingung im Sinne von § 158 I BGB: solange der Vorrat reicht). Insoweit gelten die für den Kauf am Automaten angestellten Überlegungen entsprechend.⁴⁵⁾ In tatsächlicher Hinsicht kommt hinzu, daß meist automatisch das rote Licht aufleuchtet, wenn die Benzinmenge erschöpft ist; die Zapfsäule signalisiert keine Betriebsbereitschaft mehr, es fehlt damit an einem Vertragsangebot.

4) Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Eine Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt in der Praxis kaum vor, ist theoretisch unter den Voraussetzungen der §§ 2 ff. AGBG aber möglich; Besonderheiten sind nicht ersichtlich.

5) Anfechtungsmöglichkeiten

Denkbar sind insbesondere zwei Fallkonstellationen:

a) Tanken der falschen Kraftstoffsorte

Der Kunde tankt versehentlich die falsche Kraftstoffsorte (Diesel statt Benzin) und bemerkt dies nach beendetem Tankvorgang: Kann er den Vertrag nach § 119 I BGB anfechten? Problematisch ist dies, da er dann gemäß §§ 142 I, 812 I 1 1. Alternative BGB zur Herausgabe des Kraftstoffs verpflichtet, diese Pflicht selbst zu erfüllen aber mangels der notwendigen technischen Vorrichtungen nicht in der Lage ist. Kann er vom Tankstellenbesitzer verlangen, daß dieser das Benzin (auf Kosten des Kunden gemäß § 122

⁴⁵⁾ Siehe oben im 2. Kapitel, 1. Teil, B) II) 3a)

AGB) absaugt? Man wird dies wohl nach Treu und Glauben bzw. aufgrund einer (nach-)vertraglichen Nebenverpflichtung des Verkäufers bejahen müssen, sofern dem Kunden ansonsten ein erheblicher Schaden (z.B. Motorschaden des Kraftfahrzeugs) entstünde. - Tankt der Kunde dagegen versehentlich statt Normalbenzin Super, so dürfte eine Irrtumsanfechtung nach der Natur des Vertrages ausgeschlossen sein.

b) Falsche Preisauszeichnung

Auch in diesen Fällen dürfte eine Anfechtungsmöglichkeit des Verkäufers ausscheiden. Auch für ein Anpassungsrecht (etwa nach § 242 BGB, Grundsätze der Geschäftsgrundlage) fehlen die Anknüpfungspunkte.

III) Übereignungstatbestände

1) Übereignung des Kraftstoffs

a) Dingliche Einigung an der Zapfsäule unter der Bedingung der späteren Kaufpreiszahlung

Die Zentralfrage des Selbstbedienungstankens wurde in der jüngsten Vergangenheit stark diskutiert: Wird der tankende Autofahrer bereits an der Zapfsäule oder erst bei Bezahlung an der Kasse Eigentümer des von ihm getankten Kraftstoffs?⁴⁶⁾ Praktisch bedeutsam ist der Streit für

⁴⁶⁾ Für den Eigentumswechsel und die daran anknüpfende strafrechtliche Beurteilung ohne wesentliche Bedeutung sind die §§ 947, 948 BGB: ist der Tank des Autofahrers vor dem Tankvorgang halb voll, entsteht zumindest "fremdes" (im Sinne von § 242 StGB) Miteigentum, es kommt also auf die Übereignung nach § 929 BGB des fremden Teils an. War der Tank vollständig leer, so kommt es wegen § 947 II BGB (vgl. Palandt, § 948 Anm. 2 b) allein darauf an, wann der Eigentumswechsel nach § 929 BGB stattfindet.

die strafrechtliche Erfassung: kann der unredliche Kunde, der nach beendetem Tankvorgang nicht bezahlt, wegen Diebstahls, Unterschlagung oder Betrug belangt werden oder bleibt er gar straflos?

b) Dingliche Einigung im Kassenraum

Vorauszuschicken ist, daß das Einfüllen des Kraftstoffs durch den Kunden in den Tank die Übergabe im Sinne von § 929 BGB darstellt, da damit das Veräußerungsgeschäft faktisch vollzogen werden soll. Auch gegenüber dem unredlichen Kunden fehlt es nicht am erforderlichen, tatsächlichen Übergabewillen des Tankstelleninhabers, da diesem die unredliche Absicht des Kunden nicht erkennbar wird. Ein Übergabewille (im Sinne von § 929 BGB) seitens des Tankstelleninhabers läßt sich auch nicht für den Fall des unbemerkten Tankvorgangs leugnen. Geht man von einer Generalisierung dieses Willens - wie es beim Automatenkauf dargelegt wurde - aus, mit dem Argument, der Zweck der Selbstbedienung sei auf Ersetzung von menschlichen Hilfskräften durch maschinelle gerichtet,⁴⁷⁾ so unterliegt diese Folgerung keinem Zweifel. Das Selbstbedienungstanken bezweckt jedoch nur eine teilweise Automatisierung der Kaufabwicklung. Deshalb ist erwägenswert, bezüglich des konkreten Übergabewillens im Sinne von § 929 BGB darauf abzustellen, welchen Willen der Tankstelleninhaber hätte, wenn er den Tankvorgang bemerkte. Aber auch diese Betrachtungsweise führt zu keinem anderen Ergebnis, da die unredliche Absicht dem Verkäufer nicht erkennbar würde. Auch bleibt der Tankstelleninhaber nicht wie im Selbstbedienungsladen, wo der Kunde die Ware in vom Verkäufer bereitgestellte Drahtkörbe sichtbar einlegt, bis zur Bezahlung im (Mit-)Besitz des Benzins. Der aufgetankte Wagen befindet sich zwar noch im Tankstellen- und

47) Siehe hierzu im einzelnen bereits oben

damit im Herrschaftsbereich des Tankstelleninhabers, aber die tatsächliche Gewalt über den getankten Kraftstoff, der sich im meist verschließbaren Tank des Fahrzeugs befindet, hat allein der Fahrer dieses Fahrzeugs.

c) Unbedingter Eigentumswechsel an der Zapfsäule

Drei konstruktive Lösungsversuche sind zu unterscheiden:

- aa) Kaufvertragsabschluß, dingliche Einigung und Übergabe im Sinn von § 929 BGB finden zwar an der Zapfsäule statt, die dingliche Einigung wird jedoch unter dem Vorbehalt der vollständigen Kaufpreiszahlung erklärt.⁴⁸⁾ 49) - Derartige ausdrückliche Erklärungen finden sich in der Praxis nicht. In Betracht kommt also nur ein stillschweigend vereinbarter Eigentumsvorbehalt. Demgemäß wird geltend gemacht, ein solcher sei anzunehmen, da bei Bargeschäften des täglichen Lebens - und dies ist das Selbstbedienungstanken zweifelsohne - Eigentumsübertragungen nur Zug um Zug gewollt seien und somit bei einer der Zahlung vorausgehenden Übergabe ein Eigentumsvorbehalt⁵⁰⁾ gewollt

48) So OLG Hamm, NStZ 83, S.266f.

49) Konsequenterweise - da Kaufvertragsabschluß, dingliche Einigung und Übergabe zeitlich völlig zusammenfallen - müßte man dann annehmen, daß der Eigentumsvorbehalt bereits im Kaufvertrag vorgesehen ist. Es wäre widersprüchlich zu behaupten, die Auslegung ergebe, die Parteien wollten einen Eigentumsvorbehalt, dieser würde aber erst in der dinglichen Einigung vereinbart. Den Parteien läßt sich nicht unterstellen, daß sie einen nachträglichen vertragswidrigen Eigentumsvorbehalt wollen (zumal die dingliche Einigung nicht nachfolgt); dies übersehen m.E. Borchert/Hellmann (NJW 83, S.2801), die auf einen rein sachenrechtlich vereinbarten Eigentumsvorbehalt abstellen.

50) Man könnte allerdings umgekehrt fragen, ob - wenn den Parteiinteressen eine Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts entspricht - dann nicht eben gerade kein typisches Bargeschäft des täglichen Lebens vorliegt; damit entzieht man dieser Argumentationsweise die Ausgangsbasis.

und vereinbart sei.⁵¹⁾ Aber selbst wenn man grundsätzlich die Zulässigkeit einer stillschweigenden Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts bejaht,⁵²⁾ so geht eine solche Lösung im vorliegenden Fall am beiderseitigen Parteiwillen und an der Interessenlage vorbei. Zunächst ist festzustellen, daß unbedingte Vorleistungen im Geschäftsverkehr durchaus üblich sind,⁵³⁾ der Verkäufer also aus Gründen wie Kulanz, Werbung, Vertrauen, Risikobereitschaft, kostensparender Rationalisierung oder ähnlichem auf sein Sicherungsinteresse bewußt verzichtet.⁵⁴⁾ Im Übrigen aber besteht - wie auch bereits für den Kauf im Selbstbedienungsladen dargelegt⁵⁵⁾ - ein solches Sicherungsinteresse des Verkäufers gar nicht. Kraftstoff ist ein Gut des raschen Verbrauchs; der dingliche Anspruch aus § 985 BGB wandelt sich alsbald in einen Sekundäranspruch. Eine dingliche Sicherung geht in der Praxis ins Leere. Außerdem ist der Verkäufer, wenn er den Täter noch stellen kann, faktisch nur an einer Bezahlung, notfalls an einer Rückgabe des Benzins interessiert. Zur Befriedigung dieses Interesses ist er aber - wie bereits ausgeführt⁵⁶⁾ - keineswegs auf den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB angewiesen. Wirklich schützen kann sich der Verkäufer vor Verlusten durch unredliche Kunden allein durch fakti-

51) OLG Hamm, NSTZ 83, S.267

52) Was nicht unumstritten ist, vgl. die Nachweise bei Schulte, BB 77, S.269ff.; grundsätzlich und deshalb auch für die vorliegende Fallkonstellation ablehnend OLG Düsseldorf JR 82, S.344; Deutscher, JA 83, S.126; Ranft, JA 84, S.4

53) Schmitt, JuS 80, S.822

54) Insoweit kann auf die ausführlichen und überzeugenden Darlegungen von Herzberg, JA 80, S.386ff., verwiesen werden.

55) Siehe oben im 2. Kapitel, 1. Teil, C)

56) Siehe oben, Fußnote 55)

sche,⁵⁷⁾ nicht aber durch rechtliche Sicherungsmittel. Die Praxis zeigt, daß die Tankstelleninhaber wegen der Vorteile des Selbstbedienungstankens (Einsparung von Personal und Kosten) gewisse Risiken in Kauf nehmen, da sie sich für die Einrichtung derartiger Verkaufspraktiken entscheiden, ohne gleichzeitig zusätzliche Sicherungsvorkehrungen besonderer Art zu treffen. Auch macht die Praxis deutlich, daß die Tankstelleninhaber an rechtlichen Sicherheiten in Form von vorbehaltenem Eigentum gerade nicht interessiert sind: In der Geschäftswelt wird die Klausel, "Die Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung unser Eigentum", wo immer sie nutzbringend und interessengerecht ist, verwendet. Beim Selbstbedienungstanken geschieht dies aber gerade nicht, obwohl sie rechtswirksam ohne weiteres an jeder Zapfsäule angebracht werden könnte. Die Verkäuferseite ist an einer solchen, faktisch nutzlosen Klausel eben nicht interessiert und verzichtet deshalb darauf. Interpretiert man in den Selbstbedienungstankvorgang einen Eigentumsvorbehalt, so verfälscht man aus kriminalpolitischen Gründen die zivilrechtliche Interessen- und Rechtslage.

- bb) Der zweite Lösungsvorschlag schiebt die dingliche Einigung⁵⁸⁾ zeitlich bis zur Bezahlung an der Kasse hinaus.⁵⁹⁾ Die Vertreter dieser Lösung betrachten die die Betriebsbereitschaft signalisierende Zapfsäule

57) Z.B. Beobachtung auch der Kennzeichen der tankenden Fahrzeuge durch das Personal oder die Errichtung von Sperrschranken etc.

58) Und zum Teil auch den Kaufvertragsabschluß, so Deutscher, JA 83, S.127; Gauff, NSTZ 83, S.507f.; siehe dazu oben II) 1)

59) Borchert/Hellmann, NJW 83, S.2802f.; Deutscher, JA 83, S.127; Gauff, NSTZ 83, S.507f.; Ranft, JA 84, S.4f.

als bloße invitatio ad offerendum. Das Angebot zur dinglichen Einigung mache der Kunde beim Einfüllvorgang; die Annahme durch den Tankstelleninhaber erfolge erst bei Bezahlung im Kassenraum.⁶⁰⁾ Nur so könne der Fall des vom Tankstelleninhaber unbemerkten Tankvorgangs juristisch befriedigend gelöst werden. - Diese Argumentation hoffe ich bereits Überzeugend widerlegt zu haben; insoweit wird auf die Ausführungen zum Kaufvertragsabschluß verwiesen. Diese gelten ohne Einschränkung auch für die dingliche Einigung im Sinne von § 929 BGB.⁶¹⁾ Aus dem sachenrechtlichen Bestimmtheitserfordernis ergibt sich entgegen Borchert/Hellmann⁶²⁾ nichts gegenteiliges. Richtig ist, daß grundsätzlich nur die Übereignung bestimmter Gegenstände möglich ist; dies gilt jedoch nicht für das einzelne Angebot im Sinne von § 929 BGB (bzw. die antizipiert abgegebene und durch eine mechanische Vorrichtung gespeicherte Annahmeerklärung), insoweit genügt Bestimmbarkeit. Durch Zusammentreffen einer inhaltlich umfassenden Willenserklärung mit einer enger gefaßten entsteht ein rechtsgeschäftlicher Konsens mit dem Inhalt der engeren Willenserklärung. Es findet eine dingliche Einigung mit ganz bestimmtem Inhalt statt. Im Falle des Selbstbedienungstankens ist der bestimmte Gegenstand die konkret getankte Menge Benzin.⁶³⁾ Zu widerlegen bleibt das Argument, der Tankstelleninhaber habe keine Veranlassung,

60) Vertreten wird auch die Auffassung, Willenserklärungen nach § 929 BGB würden generell erst an der Kasse abgegeben (vgl. Ranft, JA 84, S.5); dieser Lösungsweg dürfte mit der Verkehrsanschauung kaum vereinbar sein, da der Kunde beim Tankvorgang unzweifelhaft zum Aus-
druck bringt, die getankte Benzinmenge kaufen und zu Eigentum erwerben zu wollen.

61) Siehe oben II)

62) NJW 83, S.2802f.

63) Im Übrigen sei auf die Ausführungen Herzbergs in NJW 84, S.989 verwiesen, denen nichts hinzuzufügen ist.

irgend etwas über den Eigentumswechsel zu erklären, bevor der Kunde im Kassenraum erscheint.⁶⁴⁾ Dazu drängt sich sofort die Gegenfrage auf, was den Tankstelleninhaber veranlassen soll, bei Übergabe des verkauften Gegenstandes (beim Einfüllvorgang) die dingliche Einigung nicht mitzuerklären, obwohl dies eigentlich zu erwarten ist. Denn es ist ja gerade der Normalfall, daß Einigung und Übergabe zusammenfallen; so sehen es sowohl § 433 I BGB als auch § 929 BGB dem Wortlaut nach vor und so entspricht es auch der praktischen Übung. Welche Interessen sollen den Tankstelleninhaber dazu bestimmen, die dingliche Einigungserklärung der Besitzübergabe nachfolgen zu lassen? Ein wirtschaftliches Interesse bis zur Bezahlung des getankten Benzins Eigentum daran zu behalten, hat der Tankstelleninhaber nicht. Dies zeigt sich - wie bereits ausgeführt - daran, daß er bewußt auf eine ohne weiteres mögliche, ausdrückliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts verzichtet. Der Tankstelleninhaber will vom flüchtigen, unredlichen Kunden in erster Linie Bezahlung des getankten Kraftstoffs, und erst sekundär ist er an einer komplizierten Herausgabe des Kraftstoffs interessiert. Muß er tatsächlich den Kraftstoff herausverlangen, dürfte es ihm ziemlich gleichgültig sein, ob es dieses Verlangen auf § 985 oder §§ 346 ff. (in Verbindung mit § 326)⁶⁵⁾ BGB stützen kann. Gelingt es dem Tankstellenbesitzer nicht, den Täter sofort zu fassen, so mag er zwar diesen anhand des Kraftfahrzeugkennzeichens vielleicht ausfindig machen. Zu diesem Zeitpunkt wird

64) Ranft, JA 84, S.5

65) Einer Nachfristsetzung bedarf es nicht: einmal ergibt sich das bereits aus der Natur eines derartigen Bargeschäfts (siehe bereits oben im 3. Kapitel), zum anderen gilt dies generell, wenn der Schuldner die Erfüllung endgültig verweigert bzw. erklärt, zur Leistung außerstande zu sein, vgl. Palandt, § 326 Anm.6 d

aber der Kraftstoff kaum mehr gegenständlich vorhanden sein, abgesehen davon, daß es auch zu diesem Zeitpunkt dem Geschädigten lieber ist, Bezahlung bzw. Schadensersatz für den Kraftstoff zu erlangen. Schutz vor Veräußerung, Konkurs oder Pfändung sind bei Gütern des raschen Verbrauchs irrelevante Aspekte.⁶⁶⁾

- cc) Wenn aber beide Parteien kein wirtschaftliches Interesse daran haben, den Eigentumsübergang bis zur Bezahlung im Kassenraum hinauszuschieben,⁶⁷⁾ so besteht auch kein zureichender Grund, von der natürlichen Auslegung des Parteiverhaltens beim Selbstbedienungstanken als rechtsgeschäftlichem Erklärungsverhalten abzuweichen. Diese Deutung - im Lichte der für den Regelfall vom Gesetz vorgesehenen Abwicklung eines Kaufgeschäfts des täglichen Lebens gemäß §§ 433, 929 BGB - ergibt aber, daß sowohl Kaufvertragsabschluß als auch Übereignung des Kraftstoffs an der Zapfsäule stattfinden. Die Vertreter der gegenteiligen Auffassung verfälschen das tatsächliche Geschehen und den wirklichen Parteiwillen und negieren die zivilrechtlichen Interessenlage der Parteien,⁶⁸⁾ nur um ein bestimmtes, für erstrebenswert angesehenes, straf-

66) So auch Herzberg, NJW 84, S.899

67) Interessant ist, daß auch die Vertreter der hier abgelehnten Meinung stets nur von einer zu verhindernden rechtlichen Benachteiligung sprechen (vgl. z.B. Borchert/Hellmann, NJW 83, S.2803) und stets nur darauf hinweisen, der Kunde dürfte durch den späteren Eigentumsübergang in keiner Weise benachteiligt werden (vgl. z.B. Deutscher, NSTZ 83, S.508) - was unbestreitbar ist -, daß sich aber an keiner Stelle Ausführungen dazu finden, welche wirtschaftlichen Vorteile dieser sog. rechtliche Vorteil des hinausgezögerten Eigentumsverlustes für den Tankstelleninhaber hat.

68) Die nach § 242 BGB bei der Auslegung des Erklärungsverhaltens der Parteien zu berücksichtigen ist.

rechtliches Ergebnis⁶⁹⁾ zu rechtfertigen. Sie verkennen damit die spezifische Zwecksetzung des Zivilrechts.

Das hier gefundene Ergebnis wird nicht durch den Vergleich mit einem Kauf im Selbstbedienungsladen in Frage gestellt,⁷⁰⁾ im Gegenteil. Richtig ist, daß im Selbstbedienungsladen Kaufvertragsabschluß und Eigentumsübergang erst an der Kasse stattfinden. Daraus läßt sich jedoch nichts für einen - zum Schutz des Verkäufers (Tankstelleneinhabers) - hinauszuzögernden Eigentumswechsel herleiten. Denn der späte Eigentumswechsel hat seine Ursache (zumindest auch)⁷¹⁾ in der Käufersphäre. Der Käufer will erst an der Kasse eine endgültige Entscheidung über Kauf und Eigentumserwerb treffen; bis zu diesem Zeitpunkt will er⁷²⁾ ohne irgendeine rechtsgeschäftlich endgültige Bindung frei wählen können. Die Parallelen zwischen Kauf im Selbstbedienungsladen und der Selbstbedienungstankstelle⁷³⁾ sind deutlich,⁷⁴⁾ nur muß man den Vergleich an den juristisch entscheidenden Stellen ansetzen. Grundsätzlich wird ein Vertragsschluß (schuldrechtlicher oder sachenrechtlicher Natur) in dem Zeitpunkt perfekt, in dem die Parteien sich endgültig und unwiderruflich binden wollen.⁷⁵⁾ Beim Kauf im Selbstbedienungsladen ist dies der

69) Nämlich die Strafbarkeit des Täters, der in unredlicher Absicht vom Tankstellenpersonal unbemerkt tankt (in Kenntnis dieses Unbemerktbleibens, weshalb ein Betrugsversuch ausscheidet) und anschließend flüchtet.

70) So aber Deutscher, JA 83, S.127 und Ranft, JA 84, S.5

71) Abgesehen von der fehlenden Übergabe im Sinne von § 929 BGB

72) Dem widerspricht nicht, daß auch der Verkäufer die endgültige Bindung der Kunden solange wie möglich hinausschieben möchte, um ihre Kauflust zu fördern.

73) Ebenso die Parallelen zum Automatenkauf

74) Wie Deutscher, JA 83, S.127 richtig feststellt

75) Sofern gleichzeitig auch die für das einzelne Rechtsgeschäft neben der Einigung der Parteien weiterhin erforderlichen Voraussetzungen erfüllt werden

Zeitpunkt, in dem der Kunde die Waren an der Kasse vorlegt;⁷⁶⁾ beim Selbstbedienungstanken ist dies hingegen der Moment, in dem der Kunde mit dem Einfüllvorgang beginnt, da in diesem Augenblick beide Parteien die Entscheidung über den Wechsel des Kaufgegenstandes als unwiderruflich ansehen. Wegen der unterschiedlichen Art der Vertragsgegenstände wird diese bindende, endgültige Entscheidung - und nur auf diese kommt es an - einmal früher (vor Begleichung der Schuld aus § 433 II BGB) und einmal später (praktisch gleichzeitig mit der Begleichung der Schuld aus § 433 II BGB) gefällt. In beiden Fällen trifft die Entscheidung jedoch mit der tatsächlichen Übergabe zusammen, so wie es auch das Gesetz für den Regelfall der Übereignung nach § 929 BGB vorsieht: der Verkäufer erfüllt seine Pflicht zur Übereignung (Einigung und Übergabe) uno actu.

2) Übereignung des Kaufpreises

Die Übereignung des Kaufpreises erfolgt ohne rechtliche Besonderheiten bei Bezahlung im Kassenraum.

3) Gefahrtragung

Da Kaufvertragsabschluß und Übereignung des Kaufgegenstandes zeitlich zusammenfallen, sind Gefahrtragungsfälle nicht denkbar.

IV) Strafrechtliche Aspekte

Obwohl es über den Rahmen dieser Untersuchung hinausgeht, seien einige kurze Anmerkungen zur strafrechtlichen Beurteilung des Problemkreises "Tanken ohne zu zahlen" er-

76) Siehe hierzu bereits oben im 3. Kapitel

laubt; schließlich hat erst die Frage nach der strafrechtlichen Beurteilung zur Diskussion über die zivilrechtliche Lage beim Selbstbedienungstanken geführt.⁷⁷⁾ Wirklich problematisch sind nur zwei Fälle.

- 1) Ein ursprünglich zahlungswilliger Kunde entschließt sich nach abgeschlossenem Tankvorgang, die Tankstelle ohne Begleichung seiner Schuld aus § 433 II BGB zu verlassen. In diesem Fall scheidet ein Betrug (versucht oder vollendet) bereits mangels Täuschungshandlung bzw. diesbezüglichen Vorsatzes aus.⁷⁸⁾ Nach der hier vertretenen zivilrechtlichen Beurteilung bleibt dieser Täter - sofern man die strafrechtliche Lehre vom bedingten Einverständnis entweder generell oder zumindest als auf diesen Fall unanwendbar zu Recht ablehnt⁷⁹⁾ - straflos; § 246 StGB scheidet aus, da das Tatobjekt im Zeitpunkt der Zueignung keine "fremde" Sache mehr ist.⁸⁰⁾ Hier könnte man den in anderem Zusammenhang gemachten Vorschlag Seiers⁸¹⁾ aufgreifen

77) Vgl. den so treffenden Titel der Abhandlung von Herzberg (NJW 84, S.896ff.): "Zivilrechtliche Verschiebungen zur Schließung von Strafbarkeitslücken"

78) Siehe hierzu näher Deutscher, NSTz 83, S.507

79) Siehe hierzu Herzberg, JR 82, S.344; derselbe in JA 80, S.391

80) Es kommt allenfalls eine versuchte Unterschlagung in Betracht, wenn der Täter glaubt, das eingefüllte Benzin gehöre noch nicht ihm, sei also taugliches Unterschlagungsobjekt. Es könnte jedoch auch ein strafloses Wahndelikt vorliegen, da der Täter die tatsächlichen Umstände richtig erkannte und nur falsche rechtliche Folgerungen zog. Wie bereits beim Kauf im Selbstbedienungsladen ausgeführt (siehe dort im 1. Teil C) I)), ist wohl ein untauglicher Versuch anzunehmen, da der Täter nur über eine zivilrechtliche Rechtsfrage im Irrtum ist, seine Vorstellungen über die Strafrechtslage aber zutreffend sind. In der Praxis wird sich ein Angeklagter jedoch kaum dahingehend einlassen.

81) JA 84, S.612

und es für eine Strafbarkeit nach § 246 StGB genügen lassen, wenn das Tatobjekt zu Beginn des tatbestandsausfüllenden Handelns in fremdem Eigentum steht.⁸²⁾ Dieser Vorschlag ist beachtenswert, zumal er - ebenso wie die sog. kleine berichtigende Auslegung des § 246 StGB, die zeitlich zusammenfallende Gewahrsamserlangung und Zueignungshandlung ausreichen läßt - mit dem Wortlaut des "§ 246 StGB vereinbar ist und damit nicht in Konflikt mit dem Analogieverbot des Art. 103 Grundgesetz gerät. §246 StGB spricht nur von der Zueignung einer fremden Sache; daß diese Sache während der Zueignungshandlung fremd bleiben muß, fordert er nicht. Akzeptiert man dies, so ist der Täter des oben geschilderten Falls strafbar nach § 246 StGB; lehnt man diese Auslegung des § 246 StGB ab, muß man sich mit einer Strafbarkeitslücke abfinden. Es ist allerdings zweifelhaft, ob überhaupt eine Strafbarkeitslücke vorliegt, da der Strafgesetzgeber die bloße Nichterfüllung einer Verbindlichkeit gerade nicht unter Strafe stellen wollte.

- 2) Der andere Problemfall wurde an früherer Stelle bereits angedeutet: der Täter hegt von vornherein die Absicht, nicht zu bezahlen; er bleibt während des Tankvorgangs unbemerkt und ist sich dieses Unbemerktbleibens auch bewußt. Hier scheitert eine Strafbarkeit wegen versuchten Betruges an mangelnder Täuschungshandlung bzw. diesbezüglichen Vorsatzes. Aber

82) Dies setzt allerdings voraus, daß die Zueignungshandlung im Sinne von § 246 StGB das Einfüllen des Kraftstoffs ist, - und nicht etwa erst spätere Verhaltensweisen, die die unlautere Absicht des Täters nach außen erkennen lassen. Dieses letztgenannte Erfordernis (vgl. die Nachweise bei Dreher/Tröndle, § 246 Randnr. 13) findet allerdings im Gesetz keine Stütze; ausreichend ist für § 246 StGB deshalb, daß der Täter die Sache erkennbar seinem Vermögen einverleibt.

auch für diesen Fall gelten die eben angestellten Überlegungen: entweder akzeptiert man eine Strafbarkeitslücke⁸³⁾ oder erklärt § 246 StGB für anwendbar.⁸⁴⁾

2. Teil: Vertragsstörungen

Rechtliche Besonderheiten für typische Vertragsstörungen beim Selbstbedienungstanken sind nicht ersichtlich.

3. Teil: Münztankstellen

Die Ausführungen zum Automatengeschäft gelten ohne Einschränkung auch für Münztankstellen.

83) In diesem Fall liegt eine echte Strafbarkeitslücke vor, da der Täter von Anfang an in unredlicher Absicht handelt; die Fälle sollten von § 263 ff. StGB erfaßt werden.

84) Seier bezeichnet seinen Vorschlag - in Anlehnung an die sog. kleine und große berichtigende Auslegung des § 246 StGB - als super-berichtigende Auslegung (JA 84, S.612).

5. Kapitel: Rechtsverhältnisse des Mediums Bildschirmtext

Nach regional begrenzten Feldversuchen wurde 1984 bundesweit ein neues Medium eingeführt: Bildschirmtext (Btx). Eigentlich neu an diesem System ist nur die Verknüpfung schon vorhandener Medien;¹⁾ die Btx-Technik besteht aus der Verbindung der konventionellen Techniken Telefon, Fernsehen und Computer.²⁾ Geschriebene oder graphische Informationen werden über das Fernsprechnetz übermittelt und auf dem Fernsehgerät dargestellt. Die Nutzungsmöglichkeiten (Leistungsspektrum von Btx) sind sehr vielfältig.³⁾ Für die vorliegende Abhandlung interessiert nur das Btx-Kommunikationssystem, bei dem die Teilnehmer neben dem Abruf von Informationen der Anbieter selbst Einzelmitteilungen an bestimmte Teilnehmer übermitteln können; zur Speicherung dieser Mitteilungen dienen die von den Btx-Zentralen bereitgestellten Rechner bzw. eigene, sog. externe Rechner der Anbieter.⁴⁾ Behandelt werden soll in dieser Arbeit der (Kauf-)Vertragsabschluß (sowie seine Abwicklung) via Btx als Form der Selbstbedienung. Btx ist eine Form der rechtsgeschäftlichen Selbstbedienung, da der Teilnehmer selbständig, ohne beeinflussende persönliche Vertragsverhandlungen die Entscheidung trifft, ob ein rechtsgeschäftlicher Kontakt zustande kommt.

1) Gottlob/Strecker, Die Btx-Fibel, 1984, S.11

2) Rupp, Bildschirmtext, 1980, S.11

3) Rupp, a.a.O., S.23

4) Zu den Nutzungs- und Anwendungsmöglichkeiten vgl. im Einzelnen Deutsche Bundespost, Bildschirmtext, 1977, S.16ff.

1. Teil: Vertragsschluß via Btx

A) Das obligatorische Rechtsgeschäft

I) Berührte Zivilrechtsbereiche

Die vertragliche Kommunikation via Btx berührt zahlreiche - in die Bundeskompetenz fallende - gesetzliche Regelungen, etwa den allgemeinen Teil des BGB, das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Abzahlungsgesetz etc. In der Praxis und durch theoretische Untersuchungen wird zu klären sein, ob diese Normen zur richtigen zivilrechtlichen Erfassung des neuen Mediums Btx ausreichen oder einer Ergänzung bedürfen.

II) Rechtfertigung einer Untersuchung zum Vertragsschluß via Btx - Vergleich mit dem Vertragsschluß im Versandhandel

Vom Tatsächlichen her betrachtet ist der Warenkauf via Btx in mancher Hinsicht einer telefonischen oder schriftlichen Warenbestellung bei Versandhäusern an Hand von Katalogen ähnlich. Es erscheint daher geboten, vorweg kurz auf den Vertragsschluß im Versandhandel einzugehen.

Das Versandgeschäft hat in jüngster Zeit eine Wandlung erfahren, für die das Schlagwort kennzeichnend ist: das Versandgeschäft wird zum Auswahlgeschäft. Bei den großen Versandhäusern⁵⁾ ist es generell üblich, dem Kunden ein ein- oder zweiwöchiges, freies Rückgaberecht einzuräumen. Die Frist beginnt mit der Entgegennahme der bestellten

5) Die Informationen stammen aus einem Gespräch mit Mitarbeitern der Firma Quelle.

Ware. Letztlich hat der Kunde also die Möglichkeit, sich Waren zur Ansicht zu bestellen und diese bei Nichtgefallen - ohne vorher bereits irgendwelche Zahlungen geleistet zu haben⁶⁾ - zurückzusenden. Die Frage drängt sich auf, ob damit auch der Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zum Zeitpunkt der letzten Entscheidungsmöglichkeit für den Kunden über das Behalten der Ware hinausgeschoben wird. Sollte dies zu bejahen sein, erübrigen sich Untersuchungen über das Zustandekommen des Vertrages via Btx weitgehend, da dann gegenüber dem herkömmlichen Versandgeschäft kaum Besonderheiten ersichtlich sind. Die drei bislang erörterten Selbstbedienungsfiguren haben gezeigt, daß ein Vertrag erst mit der letztmöglichen, zur unwiderruflich endgültigen Bindung führenden Handlung zustande kommt. Insbesondere ist ein Vergleich mit dem Rücknahmeknopf beim Automatenkauf in Erwägung zu ziehen: dort zeigte sich, daß ein Kaufvertrag nicht geschlossen ist, solange der Käufer die Möglichkeit hat, mittels des Rücknahmeknopfes vom Kauf Abstand zu nehmen; nicht etwa räumt der Verkäufer durch den Rückgabeknopf dem Käufer nach Abschluß des Kaufvertrages (bei Einwurf des Geldes) ein Rücktrittsrecht im Sinne von §§ 346 ff. BGB ein. Es fragt sich also: Ist das dem Versandhauskunden eingeräumte Rückgaberecht ein Rücktrittsrecht im Sinne von §§ 346 ff. BGB oder ist er zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht vertraglich gebunden? Die Gefahrtragsregeln - die Gefahrtragung kann beim Versandgeschäft im Unterschied zum Automatenkauf relevant werden - bieten keine zwingende Lösung, denn die großen Versandhäuser übernehmen in ihren Lieferbedingungen durchweg das Transportrisiko;⁷⁾ die

6) Sofern er nicht gegen Nachnahme, sondern auf Rechnung bestellt hat, wobei in der Praxis die Nachnahmebestellungen stark zurückgehen.

7) Vgl. z.B. die allgemeinen Lieferbedingungen der Firma Quelle.

8) Richtigerweise müßte man wohl von einem Anwendungsfall des § 446 BGB ausgehen, vgl. R. Schmidt, a.a.O., S.19

Frage, ob § 447 BGB⁸⁾ eingreift, stellt sich also gar nicht mehr. Gerade diese Klausel in den Lieferbedingungen spricht jedoch dafür, daß auch die großen Versandhäuser bei Lieferung der Ware - derzeit jedenfalls noch - von einem bereits abgeschlossenen Vertrag ausgehen.⁹⁾ Andernfalls hätten sie keinen Grund, die an den Vertragsschluß anknüpfende Haftungsregelung des § 447 BGB abzubedingen, da der (künftige) Verkäufer in jedem Fall das Transportrisiko trägt, solange kein Kaufvertrag abgeschlossen ist. Auch im übrigen zeigen die Lieferbedingungen, daß das Versandhaus davon ausgeht, bei Lieferung sei bereits ein Kaufvertrag abgeschlossen. So formuliert das Quelle-Versandhaus das Rückgaberecht der Kunden wie folgt: "Quelle-Artikel, die Sie im Versandwege gekauft haben, tauschen wir bei Nichtgefallen innerhalb von 14 Tagen um oder nehmen sie anstandslos zurück." Aus den Rechtsfolgen bei Untergang oder Verschlechterung der Ware nach Übergabe an den Kunden lassen sich keine Schlüsse auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ziehen; denn wirtschaftlich betrachtet entsprechen die Ansprüche aus culpa in contrahendo den Folgeansprüchen der §§ 346 ff. BGB (sofern man nicht den Anwendungsbereich des § 350 BGB einschränkt).

Die Betrachtung aus der Sicht des Kunden führt zum gleichen Ergebnis. Jeder Kunde glaubt sich im Augenblick der Bestellung vertraglich fest gebunden; das ihm eingeräumte Lösungsrecht sieht er als sekundär interessierende Möglichkeit an, sich aus vertraglichen Bindungen wieder schadlos zu lösen. Das Rückgaberecht hat aus der Sicht des Kunden den Charakter einer Ausweichmöglichkeit, nicht

9) Dies ergab auch ein Gespräch mit Mitarbeitern der Rechtsabteilung der Firma Quelle. Diese neigen aber dazu, in Zukunft - nicht zuletzt aus steuerlichen Gründen - auf die abweichende, den Vertragsschluß hinausschiebende Betrachtung auch in der Praxis hinzuwirken und ihre Lieferbedingungen entsprechend anzupassen.

aber die Bedeutung, daß erst bei Ablauf der Rückgabefrist die endgültige Entscheidung über den Vertragsschluß falle. Diese tatsächliche Betrachtung durch die Parteien bindet die rechtliche Beurteilung. Aufgrund des beiderseitigen Parteiwillens ist somit von einem Vertragsschluß bereits vor Ablauf der Rückgabefrist auszugehen.

Für die Zukunft mag allerdings eine abweichende Betrachtung¹⁰⁾ ernsthaft in Erwägung zu ziehen sein, da sie der tatsächlichen Geschäftsabwicklung wohl am besten gerecht wird.¹¹⁾

III) Das Vertragsangebot

Da bislang spezialgesetzliche Regelungen fehlen, ist der Kaufvertragsabschluß via Btx nach den Vorschriften im allgemeinen Teil des BGB zu beurteilen. Zentralfrage ist auch bei dieser Form der Selbstbedienung: Wer macht das bindende Vertragsangebot?

1) Vergleich mit anderen Selbstbedienungsformen

Für die bislang erörterten Formen des Selbstbedienungskaufs wurde das gleiche Ergebnis gefunden: aufgrund der Besonderheiten der Selbstbedienung, insbesondere der Automatisierung des Verkaufsvorgangs, des Wegrationalisierens der sprachlichen Kaufinitiativleistung auf Seiten des Käufers und der Präsentation sämtlicher, zum Verkauf stehender Waren durch den Verkäufer verschiebt sich - gegenüber einem Kauf bei ständiger persönlicher Kommunikation der Parteien - konsequenterweise auch die rechtliche Einordnung; der Verkäufer wird zum anbietenden Teil. Naheliegend ist es zu prüfen, ob dieses Ergebnis auch für die letzte hier untersuchte Form des Selbstbedienungskaufs, den Kauf via Btx Gültigkeit behält:

10) Für die auch § 1 b V AbzG spricht

11) Schwierigkeiten dürften dann allerdings bei der rechtlichen Beurteilung der Liefer- und Zahlungsbedingungen

2) Willenserklärungen einer EDV-Anlage

Daß die Erklärungen einer EDV-Anlage des Btx-Anbieters als dessen (echte) Willenserklärungen gelten, ist heute unzweifelhaft¹²⁾ und bedarf keiner langen Erörterung,¹³⁾ da eine EDV-Anlage keine Entscheidungen treffen, sondern diese nur in Verkehr bringen kann. Gleichgültig ist, inwieweit die Anlage die Willenserklärungen vorher konkretisiert (durch Verarbeitung der Eingaben im Rahmen der Programmierung). Es ist ein rein quantitativer, nicht aber ein qualitativer Unterschied, ob das automatische Hilfsmittel die eingespeicherten Willenserklärungen nur durch die Abgabe vervollständigt oder durch Zusammenfügen der eingespeicherten Einzelteile im Rahmen der vorgegebenen Programmierung.

Daß der Erklärende die konkrete Willenserklärung im Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens nicht kennt, ist unschädlich; das zeigt bereits die Zulässigkeit von Angeboten ad incertas personas.

3) Bindendes Angebot oder bloße invitatio ad offerendum

- a) Unzweifelhaft will und kann sich ein Btx-Anbieter¹⁴⁾ nicht in der Weise binden, das auf einer Btx-Seite präsentierte Angebot beliebig oft an beliebige (und beliebig viele) Personen abzugeben.¹⁵⁾ Das zeigt z.B.

12) Vgl. Köhler, AcP 182, S.133

13) Sehr ausführlich aber Redeker, NJW 84, S.2391f.

14) Der Begriff "Btx-Anbieter" wird hier untechnisch verwendet, meint also nicht einen Anbietenden im Sinne von §§ 145 ff. BGB; dieser untechnische Ausdruck hat sich in den gesetzlichen Grundlagen über die Verwendung von Btx eingebürgert, vgl. z.B. § 4 des Btx-Versuchsgesetzes Nordrhein-Westfalen Nr. 16 v. 19.3.1980, S.153ff.

15) Vgl. auch Micklitz, NJW 82, S.266; Redeker, NJW 84, S.2391; Brinckmann, BB 81, S.1185

auch die Praxis vieler Versandhäuser, Btx-Bestellungen nur von Kunden entgegenzunehmen, die bereits eine Kundennummer bei ihnen haben; alle übrigen potentiellen Kunden werden auf telefonische und schriftliche Bestellungen verwiesen. Verfehlt wäre es jedoch, daraus den Schluß zu ziehen, die Btx-Präsentation müsse zwingend eine bloße invitatio ad offerendum sein.¹⁶⁾ Denn man muß zumindest die Möglichkeit ins Auge fassen, daß die Präsentation auf dem Bildschirm zwar ein bindendes Vertragsangebot darstellt, der Btx-Anbieter dieses aber unter die Bedingung stellt, die präsentierte Ware sei vorrätig und der kaufwillige Kunde bereits in seiner Kartei registriert.

- b) Am ähnlichsten sind dem Warenkauf via Btx die telefonischen oder schriftlichen Bestellungen bei Versandhäusern an Hand von Katalog, Preisliste oder Prospekt. Über die diesbezügliche Rechtslage besteht zu Recht Einigkeit:¹⁷⁾ der Kunde bietet mit seiner Bestellung den Vertragsschluß an, der Verkäufer akzeptiert ausdrücklich (Bestätigungsschreiben) oder konkludent (in Verbindung mit § 151 BGB): Im Versandgeschäft ist der Verkäufer grundsätzlich an der Person seines Kunden und dessen Bonität interessiert, da diese Form des Güteraustausches im Gegensatz zum Kauf im Selbstbedienungsladen nicht durch den sofortigen Austausch von Geld und Ware ohne weitere Anstrengungen auf beiden Seiten gekennzeichnet wird. Denn auch beim Nachnahme-kauf muß der Verkäufer Versandanstrengungen unter-

16) So aber Micklitz, a.a.O., und Brinckmann, a.a.O.

17) Vgl. RGRK § 145 Randnr. 10; Medicus, BGB Allgemeiner Teil Randnr. 360; Erman, § 145 Randnr. 9; Staudinger/Dilcher, § 145 Randnr. 3; Soergel/Lange/Hefermehl, § 145 Randnr. 8. Auch der Gesetzgeber war dieser Ansicht, wie § 1 a IV AbzG zeigt.

nehmen; er trägt damit das Risiko, mit diesen Kosten belastet zu bleiben, wenn der Kunde die Annahme bzw. Bezahlung verweigert. Zwar mag auch im Versandhandel der Verkäufer Nachnahmebestellungen oder Bestellungen auf Rechnung eines Neukunden häufig ohne weitere Prüfung ausführen; dies geschieht dann aber nur aus Kulanz und bei relativ geringem Risiko. Prinzipiell will sich der Verkäufer die Bonitätsprüfung vorbehalten; dies zeigt insbesondere die Ausgestaltung der schriftlichen Bestellformulare der Versandhäuser¹⁸⁾ für Warenbestellung auf Rechnung. Besonderer Wert wird darin auf die Angabe genauester persönlicher Daten und der Telefonnummer gelegt, um eine Überprüfung des Kunden zu ermöglichen. Aus diesem Grunde wollen die Versandhäuser ihr Warenangebot grundsätzlich niemals in bindender Form präsentieren. Auch aus Gründen der Rechtssicherheit muß auf diesen generellen Willen abgestellt werden; ob im Einzelfall eine Bonitätsprüfung stattgefunden hat bzw. ob die Ware auf Rechnung oder gegen Nachnahme bestellt wurde, kann für die allgemeine Beurteilung der rechtlichen Bedeutung eines Warenkatalogs nicht entscheidend sein. Es würde keinem juristischen Laien einleuchten, daß er, wenn er gegen Nachnahme bestellt, bereits im Moment der Bestellung einen Kaufvertrag abschließt, bei einer Bestellung auf Rechnung aber der Vertragsschluß noch von der positiven Entschließung des Verkäufers abhängen soll, - mag auch die Versandhausbestellung gegen Nachnahme wegen der Einredemöglichkeit nach § 320 BGB mit dem Kauf im Selbstbedienungsladen Ähnlichkeit aufweisen. Festzuhalten ist also, daß im Regelfall beim Versandgeschäft der Käufer der anbietende Teil im Sinne von §§ 145 ff. BGB ist, da eine Bindung des Versandhausverkäufers durch Prospekte weder gewollt noch interessengerecht

18) Geprüft anhand des Materials der Firma Quelle

ist und im Unterschied zum Automaten- und Selbstbedienungskauf der Käuferkreis keine direkte Zugriffsmöglichkeit auf das präsentierte Warenangebot hat.

An dieser Betrachtung kann sich für das Versandgeschäft aber durch die Einführung einer neuen Kommunikationsform, des Bildschirmtextsystems, nichts ändern. Die Veränderungen im Tatsächlichen rechtfertigen keine abweichende juristische Beurteilung. Ein Werbeträger (Katalog) wurde durch einen anderen (Btx-Seiten) ersetzt, der den Übergang von Werbung zum Bestellvorgang erleichtert und verkürzt. Unverändert ist jedoch das Interesse auf der Verkäuferseite, vor Vertragsschluß die tatsächliche Möglichkeit der Erfüllung (Vorrat) und die Bonität der potentiellen Käufer überprüfen zu können,¹⁹⁾ da im Versandgeschäft - gleich, ob herkömmlich oder via Btx - dem Verkäufer, wenn der Käufer die Erfüllung verweigert, allenfalls beim Nachnahmekauf die Einrede aus § 320 BGB zusteht,²⁰⁾ er aber selbst in diesem Fall finanziell mit den bis dahin im Hinblick auf den individuellen Kaufvertrag gemachten Anstrengungen belastet bleiben kann.²¹⁾

- c) Bleibt der Einwand Micklitz,²²⁾ durch den direkten Übergang von Werbung zur Bestellung im Btx-System suggeriere der Versandhausanbieter dem Kunden eine

19) Siehe hierzu bereits oben

20) Bei Kauf auf Rechnung ist er vorleistungspflichtig.

21) Dieses berechnete Verkäuferinteresse zeigt auch die zum Teil praktizierte Übung der Btx-Anbieter, Btx-Bestellungen nur von bei ihnen bereits registrierten Kunden (Kundennummer) und/oder über Btx nur Bestellungen gegen Nachnahme anzunehmen. Die rechtliche Beurteilung eines Btx-Angebots aber davon abhängig zu machen, an welchen Kundenkreis der einzelne Anbieter sich wendet und welche Zahlungsart der Kunde wählt, würde eine zu große Rechtsunsicherheit bedeuten und für den rechtlichen Laien kaum nachvollziehbar sein.

22) a.a.O.

direkte Zugriffsmöglichkeit auf sein Warenlager, ähnlich wie beim Kauf am Automaten und beim Kauf im Selbstbedienungsladen. Es sei deshalb eine Fiktion, die Btx-Angebotsseiten als bloße invitatio ad offerendum zu werten. Daran ist richtig, daß dem Btx-Kunden der Eindruck eines direkten Kontakts und aktuelleren Angebotstands vermittelt wird als reinen Prospekt- oder Katalogkunden. Aber auch der potentielle Btx-Kunde weiß, daß zwischen der Einspeicherung einer Btx-Seite und dem Abruf durch den Kunden eine Zeitspanne liegt, in der der Artikel vergriffen sein kann, wie dies auch bei ganz aktuellen Sonderangeboten, etwa in Form eines Inserats in einer Tageszeitung, der Fall ist. Ebenso ist ihm bekannt, daß beim Versandgeschäft via Btx kein unmittelbarer Leistungsaustausch - wie beim Kauf am Automaten und beim Selbstbedienungskauf - stattfindet, der verhindert, daß dem Verkäufer bei mangelnder Erfüllungsbereitschaft des Käufers Nachteile entstehen können. Auch die Betrachtung aus der Sicht eines redlichen Kunden weist die Btx-Angebotsseite als reine invitatio aus. Der Einwand Micklitz' ist nicht fundiert.²³⁾

IV) Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Beim Kauf via Btx ist tatsächlich und möglicherweise auch rechtlich zu unterscheiden, ob beim Anbieter ein externer Rechner,²⁴⁾ der eine aktuelle Kommunikation mit den Btx-Teilnehmern erlaubt, vorhanden ist oder nicht.

23) Aus den gleichen Gründen nicht Überzeugend Lachmann (NJW 84, S.408): Er behauptet, viele Btx-Angebote in einzelnen Btx-Programmen brächten die unbedingte Leistungsbereitschaft des Anbieters zum Ausdruck; er belegt diese Behauptung allerdings nicht. Welche speziellen Gestaltungspraktiken für Btx-Angebotsseiten sollen auf einen von den durch einen Katalog angepriesenen Warenangeboten abweichenden Inhalt schließen lassen?

24) Gottlob/Strecker, a.a.O., S.21

1) Btx-Dialog mit externen Rechnern

- a) Nur ein externer Rechner vermittelt dem Btx-Teilnehmer die sofortige Kenntnis via Btx, ob der gewünschte Artikel vorhanden ist und postwendend geliefert werden kann. Nach der Eingabe des Bestellwunsches bestätigt der Anbieter auf der nächsten Btx-Seite, daß der Artikel lieferbar ist und fragt gleichzeitig: "Dürfen wir Ihnen diesen Artikel liefern?". Wenn nun der Teilnehmer die für eine positive Antwort vorgesehene Taste betätigt, ist der Vertrag geschlossen,²⁵⁾ es erscheint die nächste Btx-Seite: "Wir danken für Ihren Auftrag" bzw. lediglich "abgesandt". Eigentlich trägt also der Anbieter dem Teilnehmer bindend den Vertragsschluß an, wenn er bestätigt, daß der gewünschte Artikel lieferbar ist, da es - wie bereits mehrfach festgestellt - zum Vertragsschluß stets erst dann kommt, wenn die letzte endgültige Entscheidung über die vertragliche Bindung von beiden Parteien gefallen ist; diese letzte Entscheidung trifft in diesem Fall der Kunde.²⁶⁾ Beim Btx-Dialog mit einem angeschlossenen externen Rechner macht das Angebot im Sinne von §§ 145 ff. BGB also der Btx-Anbieter; der Btx-Kunde nimmt dieses Angebot an. Diese Klarstellung ist jedoch ohne praktisches Interesse, am Zeitpunkt des Vertragsschlusses ändert sich dadurch nichts.

-
- 25) Wenn ein Bestellvorgang für mehrere Artikel getätigt wird, verschiebt sich der endgültige Vertragsschluß bis zum Abschluß der Bestellung des letzten Artikels, da die meisten Anbieter am Schluß nochmals eine Plausibilitätsprüfung der ganzen Bestellung (Kontrolle der einzelnen Artikel) eingebaut haben und deshalb der Teilnehmer nochmals aufgefordert wird: "Bitte erteilen Sie uns den Auftrag". Der Teilnehmer erlangt damit die Möglichkeit einer positiven und negativen (Abstandnahme vom Vertrag) Reaktion.
- 26) Der sich dessen auch bewußt ist, da er den Btx-Bestellvorgang ja kennt.

- b) Ebenfalls von primär dogmatischem Interesse ist die Frage, ob ein Vertragsschluß via Btx durch Dialog mit einem externen Rechner ein Vertragsschluß unter Anwesenden²⁷⁾ oder unter Abwesenden²⁸⁾ ist. Gilt § 147 I BGB, so muß das Angebot sofort, d.h. via Btx angenommen werden. Das gerade aber ist ja der Zweck eines externen Rechners. Läuft der Bestellvorgang über einen angeschlossenen externen Rechner programmgemäß ab, kommt der Vertrag sofort via Btx zustande, gleichgültig, ob man § 147 I oder § 147 II BGB für einschlägig hält. Relevant wird die Frage nur, wenn dem Btx-Teilnehmer zu Anfang eröffnet wird, er sei direkt mit dem Rechner des Anbieters verbunden, eine aktuelle und individuelle Reaktion des Rechners aber ausbleibt, z.B. wegen eines technischen Defekts; in diesem Fall macht das bindende Vertragsangebot der Kunde. Hält man nun § 147 I BGB beim Dialog mit einem externen Rechner (der dem Btx-Teilnehmer ja suggeriert wird) für einschlägig, so ist eine Annahme des Angebots seitens des Btx-Anbieters - gleich in welcher Form - in jedem Fall verspätet, da nur eine sofortige Annahme via Btx rechtzeitig wäre. Hält man jedoch für eine Kommunikation via Btx grundsätzlich § 147 II BGB für allein anwendbar, so hat der Anbieter die Chance der rechtzeitigen Annahme.²⁹⁾ Höchstwahrscheinlich ist jedoch im Btx-Programm der großen Anbieter bei Ausfall des eigenen Rechners ein Hinweis³⁰⁾ für den Teilnehmer vorgesehen, daß zur Zeit kein direkter Dialog möglich sei; damit findet in diesem Fall unzweifelhaft § 147

27) So Brinckmann, a.a.O., S.1185

28) So Bartl, DB 1982, S.1100; Palandt, § 148 Anm. 3 b; Hellner, a.a.O., S.266 (für den Wertpapierkauf); Kleier, WRP 83, S.535f.; unklar insoweit Micklitz, a.a.O., S.266

29) Siehe dazu unten unter 2

30) Der Hinweis muß in das Programm so integriert sein, daß er vom Ausfall des eigenen externen Rechners unabhängig ist; andernfalls könnte er seinen Zweck nicht erfüllen.

II BGB Anwendung. Ein praktischer Anwendungsfall der strittigen Einordnung unter § 147 I oder § 147 II BGB ist also kaum vorstellbar.

aa) Dogmatisch wird für die Einordnung unter § 147 I BGB die Vergleichbarkeit mit dem telefonischen Vertrags-schluß (§ 147 I 2 BGB) ins Feld geführt.³¹⁾ Dafür spricht insbesondere, daß das Btx-System geschriebene und graphische Informationen, die auf dem Fernsehempfänger dargestellt werden, gerade über das Fernsprechnetz übermittelt,³²⁾ also den akustischen Dialog beim normalen Telefonat durch einen graphischen Dialog ersetzt. Beim Telefonat mangelt es zwar an einer gleichzeitigen körperlichen Anwesenheit beider Parteien, vorhanden ist jedoch eine gleichzeitige akustische Anwesenheit. Dies schien dem Gesetzgeber für die Pflicht zur sofortigen Vertragsannahme ausreichend. Daß jedoch die Vorschrift des § 147 I 2 zusätzlich zu § 147 I 1 BGB geschaffen wurde, zeigt, daß der Gesetzgeber in § 147 I 1 BGB nur die gleichzeitige körperliche Anwesenheit der (willensbildenden) Vertragsparteien meinte; auch im Sprachgebrauch wird unter einem Anwesenden nur ein körperlich Anwesender verstanden. Eine Einordnung des Btx-Dialogs unter § 147 I BGB kann also nur im Wege der Analogie vorgenommen werden, sofern der Btx-Dialog einen die Analogie rechtfertigenden, rechtsähnlichen Tatbestand darstellt.

bb) Was hat den Gesetzgeber bewegt, für § 147 I und § 147 II BGB unterschiedliche Annahmepflichten festzulegen? Grundsätzlich soll durch die - generell in § 147 BGB normierte - Pflicht zur möglichst raschen Annahme ein

31) Brinckmann, a.a.O.,; Bartl, a.a.O.

32) Vgl. Deutsche Bundespost, Bildschirmtext, Beschreibung und Anwendungsmöglichkeiten 1977, S.4

rechtssicherer und rechtsklarerer Zustand geschaffen werden, der Antragende soll schnellstmöglichst wissen, woran er ist, um frei disponieren zu können; insbesondere im Handelsverkehr ist dies von großer Bedeutung. Deshalb muß die Annahme eines Vertragsangebots grundsätzlich sofort erklärt werden.³³⁾ Dies ist technisch allerdings nicht immer möglich. Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber für die Fälle, in denen eine sofortige Annahme objektiv technisch nicht möglich ist, die Fristverlängerung des § 147 II BGB geschaffen. Vor diesem Hintergrund ist der Btx-Dialog mit dem externen Rechner zu qualifizieren. Der Einsatz von externen Rechnern im Btx-System dient gerade dazu, einen aktuellen (zugegeben inhaltlich begrenzten), direkten Dialog zu ermöglichen, um einen sofortigen Vertragsschluß herbeizuführen. Der Kunde weiß aufgrund der Reaktion des Rechners sofort, daß er den gewünschten Artikel auch tatsächlich erhält; die Zeitspanne der Ungewißheit, die die Fälle des § 147 II BGB kennzeichnet, fällt weg. Daß der Dialog inhaltlich (durch das Btx-Programm) begrenzt ist, steht dieser zu § 147 I BGB führenden Betrachtung nicht entgegen: es genügt, daß die Dialogmöglichkeit gerade für den beabsichtigten Vertragsschluß ausreicht, und das ist der Fall. Die Interessenlage beim Btx-Dialog mit externen Rechnern ist also entgegen der Ansicht Bartels³⁴⁾ der eines herkömmlichen Telefonats weit ähnlicher, als der einer telegraphischen Reaktion bzw. bei Einsatz eines Telex; Kommunikation über Telegramm und Telex sind von der § 147 II BGB kennzeichnenden Phase der Ungewißheit geprägt.³⁵⁾

33) Sofern die Parteien nicht darauf verzichten

34) a.a.O.

35) Wenn auch die Phase der Ungewißheit gegenüber dem herkömmlichen Schriftverkehr stark verkürzt wird; letztlich werden die Übergänge allgemein fließend.

cc) Bleibt der Einwand, den Brinckmann³⁶⁾ - obwohl er eine Analogie zu § 147 I befürwortet - ins Feld führt: nach herrschender Meinung³⁷⁾ gilt auch der (fern-)mündliche Antrag an einen Boten des Antrags-empfängers als Erklärung unter Abwesenden. - Soweit der Bote nur Empfangsbote ist, bedeutet das keinen Widerspruch zu der hier vertretenen Auffassung. Denn in diesem Fall mangelt es gerade an der Möglichkeit eines sofortigen Vertragsschlusses; von einer gleichzeitigen Anwesenheit beider Parteien in irgendeiner Form - körperlich, akustisch, graphisch oder ähnlich - kann nicht gesprochen werden. Ein echter Dialog scheidet aus, das verwendete Übermittlungsmedium (der Empfangsbote) ist nur einseitig einsetzbar. Anders ist es allerdings, wenn der Empfangsbote gleichzeitig auch Erklärungsbote ist, also den Antrag³⁸⁾ durch Abgabe einer ihm fertig vorliegenden Willenserklärung annehmen kann. In der Tat ist dieser Fall mit dem Btx-Dialog über externe Rechner vergleichbar, in beiden Fällen kommt es sofort zum Vertragsschluß durch Einsatz eines Übermittlungsmediums (Bote bzw. Rechner).³⁹⁾ Für den Vertragsschluß mit einem Empfangsboten, der gleichzeitig Erklärungsbote des Antragsempfängers ist, gelten aber die gleichen Argumente, wie für den Btx-Dialog mit einem externen Rechner; auch hier entfällt die Spanne der Unsicherheit des § 147 II BGB. Auch auf diesen Sachverhalt

36) a.a.O.

37) Statt aller Palandt, § 148 Anm. 3 b

38) Dieser Antrag geht der hinter dem Boten stehenden Vertragspartei zu, da er in deren Machtbereich gelangt, vgl. Palandt, § 130 Anm. 3 a, c bb

39) Wobei hier offenbleiben kann, ob der Rechner des Btx-Anbieters ebenso wie der Bote oder ein Warenautomat fertige Willenserklärungen speichert und abgibt, oder aber - wie Köhler (AcP 182, 127) meint - eingespeicherte Daten erst zu den fertigen Einzelentscheidungen (Willenserklärungen) verarbeitet.

ist also § 147 I BGB zumindest analog anzuwenden. Der Einwand,⁴¹⁾ eine Gleichbehandlung mit dem telephonischen Vertragsschluß verbiete der Wortlaut des § 147 I 2 BGB " von Person zu Person", ist nicht stichhaltig. Wollte man die lapidare Feststellung Redekers,⁴²⁾ eine EDV-Anlage sei eben keine Person, für relevant halten, so müßten Auslegung, Analogie und Rechtsfortbildung der Jurisprudenz fremd sein. Das Recht ist lebendig und entwicklungsfähig. Ein starres Festhalten am grammatikalischen Wortsinn verhindert das Mitwachsen des Rechts mit gesellschaftlichen Strukturen. Bei Schaffung der Vorschrift des § 147 I 2 BGB konnte der Gesetzgeber noch nicht berücksichtigen, daß ein direkter, aktueller Dialog auch ohne herkömmliches, persönliches Gespräch stattfinden könnte. Das Btx-System ermöglicht ein persönliches Gespräch, bei dem ein Partner seinen Gesprächsbeitrag vorprogrammiert (so wie man sich vor einem Gespräch das, was man zu sagen hat, zurecht legt) und eingespeichert hat, die eigentliche Abgabe der Willenserklärung aber einem Hilfsmittel, das auf einen aktuellen und individuellen Dialog programmiert ist, überläßt. Mit einem derartigen Dialog läßt sich das gleiche erreichen, wie mit einem herkömmlichen "persönlichen" Gespräch. Bei der Auslegung von § 147 I 2 BGB darf man also nicht am herkömmlichen Wortsinn kleben, der dahinterstehende gesetzgeberische Zweck ist - wie ich es versucht habe - zu ermitteln und im Zusammenhang mit dem Wortlaut zu sehen. Daß der einzig entscheidende Gesichtspunkt für die Einordnung in § 147 I BGB die Frage ist, ob ein sofortiger Vertragsschluß möglich ist, zeigen auch die Ausführungen Redekers:⁴²⁾ er befürwortet - wie bereits erwähnt -

⁴¹⁾ a.a.O.

⁴²⁾ a.a.O., S.2392

zwar die Anwendung des § 147 II BGB, untergräbt aber gleichzeitig sein eigenes Ergebnis und seine Begründung, indem er die Annahmefrist entgegen § 147 II BGB für den Btx-Dialog mit dem externen Rechner auf eine sofortige Annahme verkürzt. Der Schutz des Teilnehmers - man beachte - verlange eine sofortige Annahme, sie sei interessengerecht. Warum dieser Umweg? Am Zweck des § 147 I bzw. § 147 II BGB orientierte Überlegungen sprechen dafür, den Vertragsschluß via Btx mit einem externen Rechner als Vertragsschluß unter Anwesenden zu werten.

- dd) Eine gesetzgeberische Ergänzung des § 147 I BGB für den Btx-Dialog mit externen Rechnern ist danach entbehrlich; angesichts der Verwendung des gleichen technischen Übermittlungsträgers erscheint zumindest die analoge Anwendung von § 147 I 2 BGB zwingend.

2) Btx-Dialog ohne externen Rechner

Stellt der Btx-Anbieter keinen externen Rechner, ist die Anwendung von § 147 II BGB selbstverständlich; eine sofortige, individuelle Reaktion auf das eigentliche Vertragsangebot des Kunden findet nicht statt. Der bis zum eigentlichen Bestellvorgang sich abspielende Dialog zwischen Anbieter und Teilnehmer ist ein Scheindialog,⁴³⁾ bedingt durch das Btx-Suchbaumsystem. Von primär dogmatischem Interesse ist die Frage, bis wann der Btx-Anbieter das Angebot des Teilnehmers annehmen muß, damit die Annahme noch rechtzeitig ist; denn jedenfalls die großen Versandhäuser räumen ihren Kunden ein freies Rückgaberecht innerhalb einer oder zwei Wochen ein. Danach ist der Kunde im Ergebnis in seiner Entscheidung, zu kaufen oder nicht zu kaufen, frei, gleichgültig, ob

⁴³⁾ Brinckmann, a.a.O.

die Annahme durch den Verkäufer rechtzeitig oder verspätet (und damit ein neuer Antrag gemäß § 150 I BGB) war.

- a) Grundsätzlich kann der Btx-Anbieter positiv auf die Btx-Bestellung durch telefonische oder schriftliche Bestätigung oder einfach durch Absenden oder Überbringen der bestellten Waren reagieren. Eine Reaktion via Btx ist nicht möglich. Erfolgt eine ausdrückliche Annahmeerklärung, so gilt § 147 II BGB. Die Kernfrage ist also, wann der Teilnehmer den Eingang der Annahme seines Angebots unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Hier wird das Stichwort "Identität der Kommunikationsmittel" in die Diskussion gebracht.⁴⁴⁾ Das Beförderungsmittel für die Annahmeerklärung muß danach an Schnelligkeit dem für den Antrag verwendeten Beförderungsmittel gleichstehen.⁴⁵⁾ Hieraus folgert Bartl,⁴⁶⁾ daß - abgesehen von § 148 BGB - die fristgerechte Annahme einer Btx-Bestellung nicht möglich sei, da eine Reaktion via Btx eben technisch ohne externen Rechner nicht möglich ist.⁴⁷⁾ Diese Auffassung begegnet Bedenken. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 147 II BGB ist eine Annahme dann rechtzeitig, wenn sie innerhalb des Zeitraums erfolgt, in dem der Antragende den Eingang erwarten durfte. Darf der Btx-Teilnehmer eine Antwort via Btx erwarten? Dies ist entgegen Bartl zu verneinen. Der bestellende Kunde geht gerade nicht davon aus, eine Antwort über Btx zu erhalten,⁴⁸⁾ da ein Btx-Teilnehmer weiß, daß dies nur über eigene externe Rechner möglich ist und die Anbieter, die über solche Rechner verfügen, dies den Teilnehmern in ihren Programmen zu Anfang mit-

44) Brinckmann, a.a.O.; Micklitz, a.a.O.; Bartl, a.a.O.

45) Vgl. Palandt, § 148 Anm. 3 c

46) a.a.O.; so auch Micklitz, a.a.O.

47) Dagegen Brinckmann, a.a.O.

48) So aber Bartl, a.a.O.

teilen⁴⁹⁾ (bzw. die übrigen Anbieter zum Teil Hinweise auf das Fehlen von externen Rechnern geben).⁵⁰⁾ Der Teilnehmer darf also keine Btx-Reaktion erwarten und er tut dies auch nicht. Er wählt das neue Medium - insoweit ist Bartl zuzustimmen - sicherlich auch, um eine raschere Kaufabwicklung herbeizuführen, aber eben nur im Rahmen der ihm bekannten technischen Möglichkeiten des neuen Mediums. Die schriftliche oder telefonische Annahme einer Btx-Bestellung ist also nach angemessener Überlegungs- und Bearbeitungszeit durchaus rechtzeitig im Sinne von § 147 II BGB. Der Grundsatz der Identität der Transportmittel, der sich im übrigen keineswegs direkt aus dem Wortlaut des § 147 II BGB ergibt, ist insoweit einzuschränken; er kann nur dort gelten, wo er technisch durchführbar ist. Demnach kann er im Btx-System nach dem derzeitigen Stand der Technik keine Geltung beanspruchen.⁵¹⁾ Ansonsten wäre das neue Medium - zumindest dogmatisch - zum Scheitern verurteilt, sofern man nicht gleichzeitig die Vorteile des neuen Mediums wieder preisgibt.

- b) Anzumerken bleibt, daß § 147 II BGB für die Mehrzahl der via Btx angestrebten Kaufverträge gar nicht gilt, da nach der Verkehrssitte keine besondere Annahmeerklärung erwartet wird (§ 151 Satz 1 BGB); die (nach außen erkennbare) Betätigung des Annahmewillens, meist durch Absenden der Ware genügt; die Rechtzeitigkeit bestimmt sich nach § 151 Satz 2 BGB, der - wenn keine Frist bestimmt wurde - keineswegs hinsichtlich des

49) Z.B. ist zu Beginn des Quelle-Programms die Btx-Seite eingebaut: "Sie sind nun direkt mit unserem Quelle-Rechner verbunden".

50) Im übrigen erhält jeder neue Btx-Kunde die entsprechenden Informationen von der Deutschen Bundespost; vgl. Deutsche Bundespost, a.a.O., S.19

51) Anders freilich, wenn ein externer Rechner vorhanden und dem Kunden via Btx angekündigt, dann aber nicht eingesetzt wird.

Maßstabes mit § 147 II BGB übereinstimmt.⁵²⁾ Für § 151 Satz 2 BGB sind keine Btx-spezifischen Probleme ersichtlich. Nach der Verkehrsanschauung fällt der Großteil der Warenbestellungen unter § 151 BGB, gleich, ob die Bestellung schriftlich, telefonisch oder via Btx aufgegeben wird. Der Kunde erwartet entweder einen negativen Bescheid (Ware nicht vorrätig oder ähnliches) oder aber die Ware selbst. Wenn ein Käufer Waren telefonisch, schriftlich oder via Btx bestellt, ist das grundsätzlich eine "Aufforderung zur sofortigen Warenlieferung",⁵³⁾ und führt deshalb stets zur Anwendung von § 151 BGB.

V) Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

1) Schriftliche und telefonische Bestellungen

Beim telefonischen oder schriftlichen Fernkauf anhand eines Katalogs oder Prospekts ist die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen unproblematisch, wenn diese im Katalog abgedruckt und gewisse weitere Voraussetzungen beachtet sind; denn das Angebot macht der Kunde, also nicht der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Verwendet der Kunde Antragsformulare des Verwenders,⁵⁴⁾ so enthalten diese einen Hinweis im Sinne von § 2 I Nr. 1 1. Alternative AGBG auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen; das Angebot des Kunden ist somit auf Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerichtet.⁵⁵⁾ Verwendet der Kunde keine Formulare mit Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, so

52) Palandt, § 151 Anm. 2 c

53) Bartl, a.a.O., S.1186

54) Diese sind in die Versandhauskataloge eingeklebt und können herausgetrennt werden.

55) Koch/Stübing, § 2 Randnr. 24; Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Randnr. 32

Werden sie allerdings nicht Vertragsbestandteil, da aus Verbraucherschutzgründen nicht von einem stillschweigenden Einbeziehungsangebot des Kunden ausgegangen werden kann.⁵⁶⁾ Der Verwender hat nur die Möglichkeit, seinerseits ein Angebot unter Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzugeben (§ 150 II BGB), das aber der Kunde wiederum nicht anzunehmen braucht. Beim fernmündlichen Vertragsschluß hat der Verwender die Möglichkeit, mündlich auf seine im Katalog abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuweisen.⁵⁷⁾

2) Besonderheiten des Btx-Verkehrs

Grundlegende Besonderheiten sind für den Vertragsschluß via Btx nicht ersichtlich; es gelten die Einbeziehungs-voraussetzungen des § 2 AGBG.⁵⁸⁾

a) § 2 I Nr. 1 AGBG

Einen ausdrücklichen Hinweis im Sinne von § 2 I Nr. 1 AGBG müßte der Btx-Anbieter wohl dergestalt einbauen, daß jede Btx-Seite, aufgrund derer der Kunde unmittelbar seine Bestellung absendet, etwa folgenden Hinweis enthält: "Ich bestelle zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verwenders". Der Kunde würde sich dann durch Drücken der Absendetaste die Btx-Seite quasi als vorformuliertes Angebotsformular des Verwenders zu eigen machen.⁵⁹⁾ Es kann nicht genügen, wenn zu Anfang des Btx-Programms ein Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auftaucht, selbst wenn jeder Teilnehmer diese Btx-Seite zwangsläufig passieren muß, da aus Verbraucherschutzgründen nicht von

56) Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Randnrn. 30, 32

57) Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Randnr. 25

58) Sofern der Teilnehmer nicht Kaufmann ist, § 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG

59) So auch Brinckmann, a.a.O., S.1189; vgl. auch Bartl, a.a.O., S.1101; Micklitz, a.a.O., S.267

einem stillschweigenden Einbeziehungsangebot des Kunden ausgegangen werden kann: Es fehlt insbesondere am Erfordernis "bei Vertragsschluß" (§ 2 I AGBG), denn ein Hinweis zu Anfang des Programms liegt zu weit im vertraglichen Vorfeld; vom Passieren dieses Hinweises bis zur eigentlichen Entscheidung über eine Bestellung können Stunden vergehen. § 2 AGBG will den Verbraucher vor der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen warnen und schützen; dies ist aber nur möglich, wenn er auf die einzubeziehenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen in dem Augenblick aufmerksam gemacht wird, in dem er sich rechtlich binden will.⁶⁰⁾ Derzeit verfahren die großen Anbieter aber nicht so; die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dieser Verwender werden also nicht Vertragsbestandteil.

b) § 2 I Nr. 2 AGBG

Sollten die Btx-Anbieter in Zukunft ihre Programme umgestalten, sind die weiteren Voraussetzungen des § 2 AGBG zu prüfen. § 2 I Nr. 2 AGBG fordert bei Vertragsschluß die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisaufnahme. Insoweit unproblematisch ist die schriftliche Warenbestellung anhand eines Katalogs, in dem die Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgedruckt sind. Umstritten ist die Rechtslage beim fernmündlichen Vertragsschluß.⁶¹⁾ Hier ist es unter Umständen technisch undurchführbar, die Möglichkeit einer zumutbaren Kenntnisaufnahme bei Vertragsschluß zu schaffen; deshalb taucht die Frage auf, ob § 2 I Nr. 2 AGBG zur Dispositionsfreiheit des Kunden steht, d.h. ob dieser auf die Einhaltung der Vorschrift wirksam verzichten kann.

60) Für das Tatbestandsmerkmal "bei Vertragsschluß" ist nach dem Zweck der Vorschrift auch ein Hinweis in dem Moment ausreichend, in dem sich der Verbraucher endgültig bindet, also ein unwiderrufliches Angebot abgibt, obwohl sich der eigentliche Vertragsschluß noch hinauszögert.

61) Vgl. die Übersicht zum Meinungsstand bei Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Randnr. 49, Fußnote 82, 83

- aa) Zwar kann der Btx-Anbieter seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen in das Btx-Programm einspeichern. Micklitz⁶²⁾ scheint jedoch zu bezweifeln, ob so eine zumutbare Kenntnisnahmemöglichkeit geschaffen wird: "Welcher Verbraucher setzt sich vor den Bildschirm, um Allgemeine Geschäftsbedingungen zu lesen!" Aber welcher Verbraucher macht sich die Mühe, in einem Ladengeschäft die dort ausgehängten, oft sehr umfangreichen (z.B. bei Reinigungen) Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu lesen. Zuzumuten ist es dem Verbraucher aber wohl in dem einen wie dem anderen Fall. Wenn in einem Btx-Programm auf der relevanten Seite sich der Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (mit Angabe der Btx-Seitenzahl, auf der sie dargestellt sind) findet, kann man vom Verbraucher durchaus verlangen, daß er die angegebene Tastenfolge drückt, um die Allgemeinen Geschäftsbedingungen lesen zu können.⁶³⁾ Bartl⁶⁴⁾ will dies nur für kurze Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten lassen. Aber kann man sich für den Verbraucher eine bequemere Möglichkeit vorstellen, Allgemeine Geschäftsbedingungen zu lesen, als zu Hause in aller Ruhe in einem weichen Sessel? Im übrigen sind z.B. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Versandhäuser äußerst kurz gehalten.⁶⁵⁾ Und wann kann man einem Verbraucher dann eigentlich zumuten, etwas längere⁶⁶⁾ Allgemeine

62) a.a.O.

63) So auch Hellner, a.a.O., S.265

64) a.a.O.

65) Vgl. z.B. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Quelle-Katalog

66) Z.B. die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Reisebüros bei Buchung einer Reise via Btx

Geschäftsbedingungen zu lesen, wenn nicht zu Hause vor dem Fernseher.⁶⁷⁾ Die von Bartl⁶⁸⁾ vorgeschlagene Lösung, dem Verbraucher nach seiner Bestellung die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuzusenden (§ 150 I BGB), ist abzulehnen. Der Verbraucherschutz erfordert dies nicht; die Vorteile des Btx-Systems gehen mit dieser Konstruktion nicht nur verloren, es kommt sogar gegenüber schriftlichen Warenbestellungen zu einem Rückschritt, da das vertragslose Stadium unter Umständen verlängert wird. Ob es für eine zumutbare Kenntnismöglichkeit ausreicht, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Btx-Seiten aufgeführt sind, über die der Teilnehmer bei seiner Warenbestellung zwangsläufig gelangt, ohne daß sich auf der eigentlichen Bestellseite eine Angabe der genauen Seitenzahlen findet,⁶⁹⁾ ist zumindest fragwürdig. Denn es ist wesentlich einfacher, in einem Katalog nach Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu suchen als in einem Btx-Programm. Wenn das Suchsystem des Anbieters jedoch klar und übersichtlich aufgebaut ist, kann man ein solches Verfahren wohl gelten lassen. Es kommt auf den Einzelfall an.

- bb) Bislang sehen die Anbieter von einer Darstellung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Btx-Programmen ab.⁷⁰⁾ Wenn sie dennoch im Rahmen der relevanten Bestellseiten auf die Geltung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechend § 2 I Nr. 1 AGBG hinweisen, stellt sich die Frage, ob die Allge-

67) Der finanzielle Aspekt ist ohne Bedeutung, denn der Teilnehmer zahlt für das Lesen der Btx-Seiten mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur die Grundgebühr der Post (23 Pfennig pro 8 bzw. 12 Minuten), die Seiten selbst werden ohne Entgelt abgegeben.

68) a.a.O.

69) So Brinckmann, a.a.O.

70) Keine AGB tauchen z.B. in den Angebotsseiten von Quelle und Neckermann auf.

meinen Geschäftsbedingungen durch einen wirksamen Verzicht des Kunden auf die Kenntnismöglichkeit dennoch Vertragsinhalt geworden sind. Weitgehend herrscht Einigkeit darüber, daß der Kunde auf die Einhaltung der Erfordernisse nach § 2 I Nr. 2 AGBG seitens des Verwenders verzichten kann,⁷¹⁾ da andernfalls sofortige und rasche Vertragsabschlüsse unter Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen per Telefon praktisch unterbunden würden. Dies könne aber nicht die Absicht des AGBG-Gesetzgebers gewesen sein;⁷²⁾ sonst würde sich das AGBG gerade zu Lasten des an schneller Lieferung interessierten Verbrauchers auswirken.⁷³⁾ Die Befugnis, auf die tatsächliche Kenntnisnahme zu verzichten, müsse die Befugnis mitumfassen, auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme zu verzichten.⁷⁴⁾ - Aber auch wenn man dieser Auffassung folgt, lassen sich hieraus für die Btx-Problematik keine zwingenden Schlüsse herleiten. Denn der telefonische Vertragsschluß ist mit dem Vertragsschluß via Btx insoweit nicht vergleichbar. Ausgeschlossen ist die Verschaffung der Kenntnismöglichkeit zwar in beiden Fällen nicht: der Btx-Verwender kann die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in sein Btx-Programm einspeichern, der telefonische Verkäufer kann dem Kunden fernmündlich den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mitteilen. Die Auswirkungen auf einen raschen Vertragsschluß - und gerade ein solcher

71) Löwe, § 2 Randnr. 16; Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Randnr. 49; Dietlein/Rebmann, § 2 Randnr. 7; Koch/Stübing, § 2 Randnr. 34; Hörke, AfP 77, S.269; Müller/Graff, JZ 77, S.249; aA: Stein, § 2 Randnr. 24, der allerdings ohne Begründung nur lapidar behauptet, die Vorschrift sei ihrem Zweck nach unabdingbar

72) So z.B. Löwe, a.a.O.

73) Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O.

74) Palandt, § 2 AGBG Anm. 3 b

muß Mittelpunkt der Betrachtung sein, da er durch die schnellen Medien Telefon und Btx ermöglicht werden soll - aber sind verschieden. Beim telefonischen Vertragsschluß tritt eine Verzögerung ein, für den Verwender bedeutet das jeweils erneute Vorlesen eine enorme zeitliche und damit finanzielle Belastung; beim Vertragsschluß via Btx sind keine negativen Auswirkungen ersichtlich, wenn der Verwender seine Pflicht aus § 2 I Nr. 1 AGBG erfüllen will, die zeitliche und finanzielle⁷⁵⁾ Belastung für den Verwender ist minimal. Durch die einmalige Aufnahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in das Btx-System ist die Verpflichtung des § 2 I Nr. 2 AGBG erfüllt. Für fernmündliche Vertragsschlüsse mag es also nötig sein, den Stolperstein des § 2 I Nr. 2 AGBG ein wenig beiseite zu schieben, für Vertragsschlüsse via Btx stellt sich das Problem gar nicht.⁷⁶⁾ Im übrigen könnte man im Btx-Verkehr von einem wirksamen Verzicht des Teilnehmers höchstens dann ausgehen, wenn der Btx-Anbieter in die relevante Bestellseite neben dem Hinweis gemäß § 2 I Nr. 1 AGBG auch eine ausdrückliche Verzichtserklärung aufgenommen hat.⁷⁷⁾ Ansonsten ist die Bestellung des Kunden nicht als

-
- 75) Die Kosten für Btx-Seiten betrugen 1983 DM 22,50 pro Monat und Seite bei bundesweiter bzw. DM 4,50 bei regionaler Verbreitung; Gebührenerhöhungen sind allerdings zu erwarten (Nachweise bei Kleier, WRP 83, S.534).
- 76) AA wohl z.T. Kleier, a.a.O., S.537; er bezeichnet die Aufnahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in das Btx-Programm der Anbieter als nicht praktikabel, begründet diese Behauptung aber nicht näher. Daß der Verbraucher sich primär für die Angebote des Verkäufers und nicht für dessen Allgemeine Geschäftsbedingungen interessiert, ist auch beim herkömmlichen Vertragsschluß anhand eines Katalogs nicht anders; daß es praktisch schwieriger sei, dem Verbraucher die Kenntnisnahmemöglichkeit zu verschaffen, läßt sich daraus aber nicht herleiten.
- 77) Z.B.: "Ich bestelle zu den Bedingungen und verzichte auf die Möglichkeit, vor Vertragsschluß Kenntnis von deren Inhalt nehmen zu können."

stillschweigender Verzicht auf die Erfordernisse des § 2 I Nr. 2 AGBG auslegbar; es mangelt an Anhaltspunkten, die auf einen entsprechenden Käuferwillen schließen ließen; bereits am subjektiven Bewußtsein einer Verzichtserklärung (Willenserklärung) wird es in den meisten Fällen fehlen. Eine solche Auslegung stünde auch im Gegensatz zu dem vom AGBG beabsichtigten Verbraucherschutz.⁷⁸⁾ Beinhaltet die Btx-Bestellseite dagegen eine ausdrückliche Verzichtserklärung, so ist sie, da sie selbst als eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Klausel⁷⁹⁾ dem AGBG unterworfen ist, einer Inhaltskontrolle zu unterziehen. Meines Erachtens steht § 9 AGBG entgegen, da der Btx-Teilnehmer gezwungen wird, entweder einen Vertrag unter Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu schließen, die er nicht kennt, oder eben vom Vertragsschluß ganz abzusehen. Diese Abweichung von § 2 I Nr. 2 (§ 8) AGBG benachteiligt die Verbraucher unangemessen, da damit die Vorschrift des § 2 I Nr. 2 AGBG für eine bestimmte Kommunikationsform negiert wird, obwohl die Voraussetzungen des § 2 I Nr. 2 AGBG ohne weiteres erfüllbar wären.

- cc) Für die Btx-Kommunikation ohne die Beteiligung eines externen Rechners des Anbieters ist das gefundene Ergebnis selbstverständlich, da es in diesem Fall mangels sofortiger individueller Reaktionsmöglichkeit des Btx-Anbieters zu keinem sofortigen Vertragsschluß kommt. Der Btx-Anbieter ist - ebenso wie bei einem telefonischen Angebot des Kunden⁸⁰⁾ - verpflichtet,

78) Auch für den fernmündlichen Vertragsschluß erkennt die Literatur z.T. nur einen ausdrücklichen Verzicht auf § 2 I Nr. 2 AGBG an, vgl. z.B. Hörke, a.a.O.

79) So auch Kleier, a.a.O., S.537

80) So Löwe, a.a.O.

dem Kunden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sofort zuzusenden.

3) Btx-Bestellung anhand eines Katalogs

An eine abweichende Beurteilung ist zu denken, wenn dem Btx-Teilnehmer bei seiner Bestellung ein Katalog des Anbieters vorliegt, in dem die Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgedruckt sind. An den Erfordernissen für § 2 I Nr. 1 AGBG ändert dies allerdings nichts. Nur wenn die Btx-Bestellseite selbst einen ausdrücklichen Hinweis auf die Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhaltet, ist das Käuferangebot dementsprechend auslegbar. Dies gilt auch, falls der Kunde via Btx nur bestellen kann, wenn er den Katalog vorliegen hat, da dieser ihm für die Bestellung zwingend erforderliche Kenntnisse vermittelt; denn von Bedeutung ist nur das eigentliche Angebot des Btx-Teilnehmers. Diese enge Auslegung ist aus Verbraucherschutzgründen erforderlich.⁸¹⁾ Anderes gilt allerdings für die Voraussetzung des § 2 I Nr. 2 AGBG: hat der Kunde bei der Bestellung den Katalog mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegen, so werden diese Vertragsbestandteil, unabhängig davon, ob sonstige Kenntnisse aus dem Katalog für den eigentlichen Bestellvorgang zwingend benötigt werden.⁸²⁾ Allerdings wird man einen deutlichen Hinweis im Btx-Programm auf dem Abdruck im Katalog fordern müssen. Die Einbeziehung bleibt also Risiko des Btx-Anbieters: hatte der Kunde bei Vertragsschluß einen Katalog vorliegen, werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vertragsinhalt; war dies nicht der Fall, kommt der Vertrag ohne Allgemeine Geschäftsbedingungen zustande. Die Beweislast für die Einbeziehung trifft nach allgemeinen Regeln den Verwender, wenn er

81) Siehe oben unter 1

82) So auch für den telefonischen Vertragsschluß
Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Randnr. 49

sich auf diese berufen möchte.⁸³⁾

4) Nachträgliche Einbeziehung

Keine Besonderheiten für den Btx-Kauf gelten bei nachträglichen Einbeziehungsversuchen des Verwenders, z.B. durch Aushändigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Lieferung der bestellten Waren.⁸⁴⁾ Das neue Angebot (§ 150 I BGB) braucht der Käufer nicht anzunehmen; die bloße Entgegennahme stellt grundsätzlich keine Annahme dieses Angebots dar, da der Käufer mit einer Änderung nicht zu rechnen braucht. Die Frage soll hier aber nicht vertieft werden, da sie keine Btx-spezifischen Probleme aufwirft.

VI) Anfechtungsmöglichkeiten

Die Rechtsfolgen einer irrtümlichen Bedienung der Btx-Geräte durch den Teilnehmer (z.B. Vertippen) sind von geringem praktischem Interesse: zum einen wegen des vom Versandhandel den Verbrauchern eingeräumten freien Rückgaberechts; zum anderen wegen der zahlreichen Korrekturmöglichkeiten während des Bestellvorgangs. Bemerkt der Teilnehmer seinen Irrtum, kann er ihn mit Hilfe einer speziellen Korrekturtaste korrigieren. Die Wahrscheinlichkeit eines unbemerkt bleibenden Irrtums beim Bestellvorgang ist minimal, da die Btx-Anbieter in ihre Programme für den Bestellvorgang zahlreiche Plausibilitätsprüfungen und Kontrollen eingebaut haben. Der Teilnehmer bekommt die von ihm ausgewählten Artikelbezeichnungen noch einige Male vor Augen geführt; er kann also mehrfach seine Bestellung

83) Vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen, § 2 Randnr. 66

84) Vgl. hierzu Brinckmann, a.a.O., S.1189 f. m.w.Nachw.; Bartl, a.a.O.; Micklitz, a.a.O.

überprüfen, korrigieren oder auch völlig stornieren. Ein Irrtum bei der endgültigen Absendung des Auftrags erscheint fast ausgeschlossen.⁸⁵⁾

Da jedoch im Bankverkehr oder allgemein beim Btx-Dialog ohne Einsatz eines externen Rechners unbemerkt bleibende Irrtümer ausnahmsweise relevant werden könnten, seien einige dogmatische Erwägungen angestellt:

Brinckmann⁸⁶⁾ erwähnt den Fall einer irrtümlichen Bestellung ohne entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen (dem Teilnehmer fehlte - wie auf der berühmten Trierer Weinversteigerung - das Erklärungsbewußtsein). Die Frage, ob hier überhaupt eine wirksame Willenserklärung abgegeben wurde,⁸⁷⁾ ist kein Btx-typisches Problem. Geht man von einer wirksamen Willenserklärung aus, so ist diese jedenfalls anfechtbar nach §§ 119 ff. BGB, ebenso wie eine inhaltlich irrtümliche Bestellung. An einem relevanten Irrtum im Sinne von §§ 119 ff. BGB kann nicht gezweifelt werden;⁸⁸⁾ insbesondere liegt nicht etwa ein unbeachtlicher Motivirrtum vor, da die irrtümliche Bestellung

85) Es erscheint die Btx-Seite: "Bitte erteilen Sie uns Ihren Auftrag", auf den der Kunde nur mit ja (Drücken der Rautentaste) oder nein zu reagieren braucht.

86) a.a.O., S.1186

87) Die jetzt bereits herrschende Meinung sieht das Erklärungsbewußtsein nicht mehr als notwendiges Erfordernis für den Tatbestand einer Willenserklärung an; vgl. die Nachweise bei Palandt, vor § 116 Anm. 4 b, sofern den Erklärenden ein Fahrlässigkeitsvorwurf trifft. Es besteht nur ein Anfechtungsrecht nach § 119 BGB. Der BGH (NJW 84, S.2279) hat sich dieser differenzierenden Auffassung von der sog. Erklärungsfahrlässigkeit angeschlossen: danach ist von einer (anfechtbaren) Willenserklärung dann auszugehen, wenn der Erklärende die rechtliche Bedeutung seines Handelns hätte erkennen können. Diese Auffassung findet allerdings keine Stütze im Gesetz: Verschulden und Willenserklärung sind verschiedene Kategorien.

88) So auch Brinckmann, a.a.O.; Micklitz, a.a.O., S.267; Bartl, a.a.O., S.1101; Redeker, a.a.O., S.2393

durch Vertippen etc. nicht bloß eine Vorbereitungshandlung auf dem Weg zur Fertigung einer Willenserklärung, sondern die Abgabe der Willenserklärung selbst ist.⁸⁹⁾ Von der Frage der Anfechtbarkeit zu trennen ist die Frage, wer die Anfechtbarkeit zu beweisen hat: insoweit sind Btx-spezifische Probleme denkbar (vgl. hierzu 2. Teil b) III)).

B) Besonderheiten für Abzahlungskäufe⁹⁰⁾

Ratenzahlungskäufe via Btx sind unter verschiedenen Gesichtspunkten problematisch. Allerdings reduzieren sich die Probleme praktisch durch die Übung der großen Anbieter, ihren Kunden ein generelles Rückgaberecht einzuräumen.

I) Abzahlungskäufe via Btx ohne Katalog

Das Medium Bildschirmtext soll nicht nur einen schnellen Transport von Willenserklärungen ermöglichen (dafür eignet sich bereits das Telefon), es soll gleichzeitig auch die herkömmlichen Informationsträger soweit wie möglich ersetzen. Gerade dann aber, wenn der Verbraucher Verträge via Btx schließen möchte, ohne herkömmliches Informationsmaterial (Katalog, Prospekt etc.) zu bemühen, führt das für Ratenzahlungskäufe, die unter das Abzahlungsgesetz fallen,⁹¹⁾ zu Problemen. Der Versandhandel bietet seinen Kunden die Möglichkeit, Kaufverträge abzu-

89) Anders bei irrtümlich falscher Eingabe in einen Computer bei der Erarbeitung eines Programms, vgl. insoweit Köhler, AcP 182, S.136

90) Vgl. dazu auch den erst nach Abschluß dieser Arbeit erschienenen Aufsatz von Knütel, AcP 185, S.308

91) Zu den Voraussetzungen eines Abzahlungskaufs vgl. Palandt, vor § 1 AbzG Anm. 2

schließen und den Kaufpreis in Raten zu begleichen, auch über Btx an.⁹²⁾

1) § 1 a AbzG

Die Formerfordernisse des § 1 a I, II AbzG kann ein Bestellvorgang via Btx nicht erfüllen, ohne die durch das Medium gewonnenen Rationalisierungsvorteile wieder preiszugeben.⁹³⁾ Das aber führt zu den vom Verkäufer unerwünschten Konsequenzen des § 1 a III AbzG, insbesondere zum Verlust des Teilzahlungszuschlags. Diese Nachteile können nur vermieden werden, wenn die in § 1 a IV AbzG geschaffene Privilegierung des Versandhandels auch für die Bestellungen via Btx zur Anwendung kommt.⁹⁴⁾

a) Voraussetzungen des § 1 a I Satz 2 AbzG

Unzweifelhaft ist, daß durch ein Btx-Programm dem Käufer Bar- und Teilzahlungspreis, effektiver Jahreszins sowie Zahl und Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen ersichtlich gemacht werden können. Ebenso wie bei herkömmlichen Verkaufsprospekten reicht es aus, daß die Methode zur Berechnung des Teilzahlungspreises angegeben oder aus einer Tabelle erkennbar ist, sofern die Darstellung klar, einfach und übersichtlich ist. Auch ein unerfahrener Käufer muß den Teilzahlungspreis selbst ermitteln können. Ebenso muß es für die übrigen Angaben zulässig sein, diese den Käufer aufgrund von Tabellen und angegebenen Berechnungsmethoden selbst ermitteln zu lassen, um eine erhebliche Aufblähung der Kataloge und Btx-Programme zu verhindern und so die Übersichtlichkeit für den Kunden zu wahren, sowie die Effektivität des Versandhandels zu er-

92) Zum Btx-Dialog vgl. Micklitz, a.a.O.

93) So auch Brinckmann, a.a.O., S.1187

94) Bejahend Brinckmann, a.a.O., S.1188; wohl auch Micklitz, a.a.O., aber insoweit nicht ganz klar; verneinend Bartl, a.a.O., S.1102

halten.⁹⁵⁾ Diese Angaben können auf Btx-Seiten etwa zu Beginn oder am Ende des Programms dem Käufer in einer dem § 1 a IV AbzG entsprechenden Weise vermittelt werden.⁹⁶⁾

b) Vertragsschluß ohne vorhergehende mündliche Verhandlung

Auch die Voraussetzung, daß der Vertrag ohne vorherige mündliche Verhandlung zustande kommen müsse, ist für Btx-Bestellungen problemlos. Selbst wenn man den Btx-Dialog des Kunden mit einem externen Rechner als einen Vertragsschluß unter Anwesenden qualifiziert, kommt der Vertrag in diesem Fall nicht aufgrund einer vorherigen Verhandlung zustande, sondern nur aufgrund des Btx-Dialogs. Zweck dieses Erfordernisses in § 1 a IV AbzG ist es, daß die Privilegierung nur dann gewährt werden soll, wenn der Verkaufsprospekt alleinige Informations- und Abschlußgrundlage für den Vertragsschluß war. Das Btx-Programm der Anbieter soll aber gerade alleinige Abschlußgrundlage sein, da nur so die Vorteile des Mediums Bildschirmtext voll ausgeschöpft werden.

c) Btx-Programm als Verkaufsprospekt im Sinne von § 1 a IV AbzG

Zweifelhaft bleibt, ob ein Btx-Programm unter Beachtung von Wortlaut und Zweck des § 1 a IV AbzG als "Verkaufsprospekt" im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann. Das Btx-Angebotsprogramm eines Verkäufers unter den Begriff "Verkaufsprospekt" zu subsumieren erscheint mir sowohl von der sprachlichen Ableitung als auch vom ge-

95) So die ganz einhellige Meinung, vgl. Münchener Kommentar-H.-P. Westermann, § 1 a AbzG Randnr. 30; Klauss/Ose, § 1 a Randnr. 268; Palandt, § 1 a AbzG Anm. 6; Erman, § 1 a AbzG Randnr. 21

96) Ebenso Brinckmann, a.a.O.

bräuchlichen Wortsinn her bedenkenfrei. Das Wort Prospekt ist mit "Hinblick, Aussicht" zu übersetzen;⁹⁷⁾ der aus dem Lateinischen stammende Begriff leitet sich von prospectare - "anschauen, ausschauen, sich umsehen"⁹⁸⁾ - ab. Entscheidend ist also für den Wortsinn nur das optische Moment, die Möglichkeit des Anschauens und Betrachtens; dem wird die graphische Darstellung auf dem Fernsehschirm gerecht. Aber auch eine zweckorientierte Betrachtung der Vorschrift des § 1 a IV AbzG führt zu deren Anwendbarkeit. Sowohl ein herkömmlicher Katalog wie auch ein Btx-Verkaufsprogramm bieten dem Verbraucher die Möglichkeit, sich in Ruhe zu informieren, zu vergleichen, vor- und zurückzublättern und auszuwählen, unbeeinflusst von weiteren (ablenkenden) Einwirkungen eines überredenden Verkaufsgesprächs oder ähnlichem; die Gefahr eines über-eilten und unüberlegten Kaufentschlusses wird verringert.⁹⁹⁾ Die Grundlagen für die Entscheidung des Käufers sind also vergleichbar¹⁰⁰⁾ und erfordern eine Gleichbehandlung. § 1 a IV AbzG setzt keine Körperlichkeit des Verkaufsprospekts voraus.¹⁰¹⁾ Das rein optische Blättern im Btx-Programm mag zu Anfang ungewohnt sein, es bietet aber die gleichen Informationsmöglichkeiten wie das herkömmliche Durchblättern eines herkömmlichen Katalogs. Eingewendet wird allerdings, daß ein Btx-Programm in Übersichtlichkeit und Handhabung nicht an einen herkömmlichen Katalog heranreichen könne.¹⁰²⁾ Das ist nur teil-

97) Duden, Bd. 5, Fremdwörterbuch, 1974

98) Der kleine Stowasser, Lateinisch-deutsches Schulwörterbuch, 1971

99) Brinckmann, a.a.O.

100) Anders Bartl, a.a.O., jedoch ohne nähere Begründung

101) Dies meint aber offensichtlich Bartl, a.a.O., wenn er fordert, daß ein Btx-Programm allenfalls als Verkaufsprospekt im Sinne von § 1 a IV AbzG gelten könne, wenn dem Teilnehmer ein Drucker zur Verfügung steht und er sich das Btx-Programm (auszugsweise) ausdrucken lassen kann.

102) Brinckmann, a.a.O.

weise richtig. Hat man sich einmal mit dem Suchbaum des Btx-Systems vertraut gemacht und des öfteren darin "geblättert", so wird man sich darin fast ebenso rasch und mühelos zurechtfinden wie in einem körperlich-graphischen Werk anhand des Inhaltsverzeichnisses. Außerdem ist der Umfang des Btx-Programms eines Anbieters generell geringer als der eines Katalogs des gleichen Anbieters, da sich Bildschirmtext wegen seiner begrenzten graphischen Darstellungsmöglichkeit (derzeit) nur für die Präsentation von bestimmten Warengattungen eignet; es ist deshalb also leichter, einen Überblick zu behalten. Die Scheu vor erschwerter Handhabung und Übersichtlichkeit eines Btx-Angebotssystems erscheint mir eher die Scheu vor einem neuen Medium zu sein; das darf aber nicht zu einem Negieren von prinzipiell einschlägigen Rechtsvorschriften führen.

Die anfallenden Telefonkosten halten den Verbraucher sicher nicht davon ab, in Ruhe das Btx-Programm zu studieren,¹⁰³⁾ sie sind minimal; auch spart der Btx-Kunde gegenüber dem herkömmlichen Besteller bestimmte Kosten (z.B. Porto für Anforderung eines Katalogs, Porto für die Aufgabe der Bestellung).

Festzuhalten ist also: die Privilegierung des § 1 a IV AbzG gilt auch für Bildschirmtext. Bildschirmtext ersetzt - entgegen der Ansicht Bartels¹⁰⁴⁾ - nicht nur die herkömmlichen Transportträger für Willenserklärungen, sondern auch den Verkaufsprospekt, der die Grundlage für die Bestellung des Abzahlungskäufers bildet.

103) Das gibt allerdings Brinckmann zu bedenken.

104) a.a.O.

2) § 1 b AbzG

Problematisch sind auch die Vorschriften des § 1b AbzG. Allerdings ist die Anwendbarkeit von § 1 b AbzG im Btx-Verkehr mehr von dogmatischem als praktischem Interesse, da die großen Versandanbieter ihren Kunden ein generelles, also nicht auf Abzahlungskäufe beschränktes Rückgaberecht innerhalb einer oder zwei Wochen einräumen. Dieses Rückgaberecht nimmt aber dem Anzahlungskäufer nicht die Rechte aus § 1 b AbzG; das folgt bereits aus § 1 b VI AbzG. Der Abzahlungskäufer kann also unter Umständen erheblich länger die Möglichkeit haben, den Vertragsschluß nicht wirksam werden zu lassen, wenn die Voraussetzungen von § 1 b II, III bzw. V AbzG nicht eingehalten sind.

a) Grundsätzlich hat der Abzahlungsverkäufer gemäß § 1 b I AbzG ein einwöchiges Widerrufsrecht. Die Frist beginnt, wenn der Verkäufer dem Käufer eine deutlich gestaltete, schriftliche Belehrung mit dem in § 1 b II 2 AbzG näher bezeichneten Inhalt ausgehändigt hat.¹⁰⁵⁾ Diese Belehrung ist gemäß § 1 b II 3 AbzG gesondert zu unterschreiben. Für den Versandhandel sieht § 1 b III AbzG hinsichtlich des Fristbeginns, also hinsichtlich der Belehrung, zwei Privilegierungen vor: gemäß Abs. 3 Nr. 1 genügt eine Belehrung im Verkaufsprospekt, wenn der Käufer auf einem ebenfalls mit der Belehrung versehenen Formular des

105) Anerkanntermaßen muß diese Belehrung entgegen dem Wortlaut nicht in der Abschrift nach § 1 a II AbzG enthalten sein. Vgl. hierzu Erman, § 1 b AbzG Randnr. 13; Klauss-Ose, § 1 b Randnr. 296; Münchener Kommentar - H.P.Westermann, § 1 b Randnr. 8; aA: RGRK, § 1 b Randnr. 7. Sonst liefe § 1 b AbzG für den Fall des § 1 a III AbzG leer; dies war vom Gesetzgeber aber nicht gewollt, der Verbraucher wird durch § 1 a III AbzG ausreichend geschützt, der Schutz des § 1 b II 5 AbzG wäre nicht angebracht. - Insoweit bereitet § 1 b AbzG dem Btx-Verkehr also keine Schwierigkeiten.

Verkäufers bestellt; gemäß Abs. 3 Nr. 2 beginnt die Widerrufsfrist zu laufen, wenn der Verkäufer dem Käufer eine gesonderte Urkunde mit entsprechender Belehrung ausgehändigt hat, der Beginn des Fristlaufs wird hier vom Vertragsschluß getrennt.¹⁰⁶⁾ Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß der Käufer aber in beiden Fällen des § 1 b III AbzG die Belehrung gesondert unterschreiben: § 1 b III AbzG trifft ausdrücklich nur für Abs. 2 Satz 2, nicht aber für Satz 3 eine abweichende Regelung.¹⁰⁷⁾

aa) Nach Abs. 3 Nr. 2 ist eine Belehrung auch im Btx-Verkehr - unabhängig davon, ob die Anwendung von Abs. 2 Satz 2 erforderlich ist - unproblematisch, da Abs. 3 Nr. 2 gerade eine dem Vertragsschluß nachfolgende Belehrung vor Auge hat. Der Käufer kann, wenn er die Belehrung - z. B. gleichzeitig mit der bestellten Ware - erhält, die Urkunde unterschreiben (§ 1 b Abs. 3 Nr. 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 3 AbzG), in diesem Moment beginnt die Widerrufsfrist zu laufen. Micklitz¹⁰⁸⁾ und Brinckmann¹⁰⁹⁾ verkennen, daß Abs. 3 Nr. 2 gerade keine Gleichzeitigkeit von Vertragsschluß und Belehrung vorsieht, deshalb sind sie der Auffassung, daß die Erfordernisse des Abs. 3 Nr. 2 über Btx nicht erfüllbar sind. Dem ist entgegenzuhalten, daß Abs. 3 Nr. 2 eine (zeitliche und äußerliche) Trennung von Vertragsschluß und Belehrung vor Augen hat; worin sollte ansonsten eine Differenzierung zwischen § 1 b II 2 und

106) Vgl. Münchener Kommentar-H.P.Westermann, § 1 b Randnr. 19; meist sendet der Verkäufer dem Käufer diese Urkunde nach Eingang der Bestellung zu oder händigt sie ihm gleichzeitig mit Übergabe der Ware aus.

107) So in der Tat RGRK, § 1 b Randnr. 10; Micklitz, a.a.O.; offengelassen bei Klauss-Ose, § 1 b Randnr. 317; differenzierend nach Nr. 1 bzw. Nr. 2 Münchener Kommentar - H.P.Westermann, § 1 b Randnr. 19.

108) a.a.O.

109) a.a.O.

§ 1 b III Nr. 2 AbzG zu finden sein?¹¹⁰⁾ - Eine andere Frage ist allerdings¹¹¹⁾, ob bei der Übergabe der Sache der Käufer tatsächlich ordnungsgemäß belehrt wird; das ist aber kein Btx-spezifisches Problem.

bb) Größere Schwierigkeiten bereitet die Vorschrift des § 1 b III Nr. 1 AbzG. Daß ein Btx-Angebotsprogramm ein Verkaufsprospekt im Sinne von § 1 a IV und als auch im Sinne von § 1 III AbzG ist, wurde bereits festgestellt.¹¹²⁾ Gemäß § 1 b III Nr. 1 AbzG muß aber der Käufer die Bestellung auf einem, mit einer § 1 b II 2 AbzG entsprechenden Belehrung versehenen "Bestellformular des Verkäufers" abgeben. Unter "Formular" versteht man einen Vordruck, ein Formblatt oder Muster.¹¹³⁾ Der Begriff leitet sich aus dem Lateinischen ab: von formula - Norm, Regel, Vertrag, Steuer- oder Rechtsformel - bzw. formare - gestalten, bilden, darstellen, schaffen.¹¹⁴⁾ Für ein Formular ist also nach der begrifflichen Herleitung keine körperliche Gestalt nötig; entscheidend ist allein, daß ein allgemeiner Gedanke in allgemeiner Weise (sprachlich) festgehalten und so zu einem mehrfach verwendbaren Schema wird. Für ein Bestellformular des

110) Wenn das Widerrufsrecht durch ein Rückgaberecht gemäß § 1 b V AbzG ersetzt wurde, sieht auch Micklitz (a.a.O., S. 267 a.E.) keine Probleme für den Btx-Verkehr, "da die Belehrung dem Bestellvorgang zeitlich nachgeordnet ist". Das ist zwar richtig, gilt aber in gleicher Weise, wenn es beim Widerrufsrecht nach § 1 b II, III AbzG verbleibt; für die Belehrung gelten die gleichen Voraussetzungen, gleich, ob ein Widerrufs- oder Rückgaberecht besteht, § 1 b V 5 AbzG, ein Unterschied besteht allein für den Fristablauf insoweit, als im Falle des § 1 b V AbzG die Frist nicht vor Erhalt der Ware zu laufen beginnen kann.

111) So zu Recht Micklitz, a.a.O.

112) Brinckmann (a.a.O.) meint, § 1 b III 1 AbzG sei deutlich auf einen verkörpertem Katalog zugeschnitten, deshalb verbiete sich die Anwendung für Btx. Woraus er diesen "deutlichen Zuschnitt" ableitet, sagt er allerdings nicht, - es sind auch tatsächlich keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich.

113) Vgl. Duden, Bd. 5, Das Fremdwörterbuch.

114) Der kleine Stowasser, a.a.O.

Verkäufers, versehen mit entsprechender Belehrung, ist danach nur erforderlich, daß der Verkäufer die für eine Bestellung allgemein erforderlichen Angaben vorformuliert, mit einer Belehrung entsprechend Abs. 2 versehen hat und allen potentiellen Käufern für ihre persönliche Bestellung zur Verfügung stellt, sei es in Form eines herkömmlichen, schriftlich auszufüllenden Vordruckes oder sei es in Form einer, durch Knopfdruck zu vervollständigenden Btx-Seite. Erreichen will § 1 b III Nr. 1 AbzG nur folgendes: der Käufer soll genau in dem Augenblick, in dem er über den Kaufabschluß endgültig entscheidet, deutlich die Belehrung über das Widerrufsrecht vor Augen geführt werden; dies ist technisch nur durch ein vom Verkäufer vorformuliertes, lediglich ausfüllungsbedürftiges Bestellmuster erreichbar. Auch den Erfordernissen des § 1 b III Nr. 1 AbzG kann der Btx-Verkehr damit gerecht werden.

cc) Streitig ist die Anwendung von § 1 b II 3 AbzG im Versandhandel. Nach dem wohl eindeutigen Wortlaut des § 1 b III AbzG ist ein Unterschreiben der Belehrung durch den Käufer auch erforderlich, wenn von den Erleichterungen des § 1 b III AbzG für den Versandhandel Gebrauch gemacht wird.¹¹⁵⁾ Meines Erachtens ist über diesen Wortlaut nicht

115) So auch Klauss-Ose, § 2 Randnr. 317; Micklitz, a.a.O.; für § 1 b III Nr. 1 AbzG offengelassen in Münchener Kommentar - H.P. Westermann, § 1 b AbzG Randnr. 19; für § 1 b V i.V.m. II, III AbzG bejahend RGRK, § 1 b Randnr. 10. Es muß jedoch insoweit für die Fälle von Widerrufs- und Rückgaberecht das gleiche gelten, Abs. 5 verweist auf Abs. 2 und 3; es ist also zumindest dogmatisch nicht verständlich, warum die Problematik der Anwendung des Abs. 2 Satz 3 für den Versandhandel häufig nur für die Fälle des Rückgaberechts nach § 1 b V AbzG erörtert wird. Ablehnend (ebenfalls nur für den Anwendungsbereich des § 1 b V AbzG) Erman, § 1 b AbzG Randnr. 18, eine Begründung wird allerdings nur für Fälle des Abs. 3 Nr. 2 gegeben. Löwe (NJW 74, 2260) verneint die Anwendung von Abs. 2 Satz 3, allerdings nur in den Fällen des Abs. 3 Nr. 1; dies ist aus seiner Formulierung zu folgern: "...kann die Belehrung entweder im Verkaufsprospekt enthalten sein ... oder in einer besonderen, dem Käufer auszuhändigenden Urkunde, die

hinwegzukommen, er ist völlig zweifelsfrei und läßt für eine Auslegung keinen Raum.¹¹⁶⁾ Ein Unterschreiben via Btx aber ist nicht möglich.¹¹⁷⁾ Nach dem Wortlaut des § 1 b II 3 in Verbindung mit III AbzG scheitert der Btx-Verkehr also an dieser Vorschrift. Es ist aber an eine Analogie zu denken, z.B. bei Bereitstellen einer Btx-Seite durch den Anbieter, die eine, dem § 1 b II 2 AbzG entsprechende Belehrung enthält und die der Btx-Teilnehmer gesondert absenden muß (das Absenden der Seite per Knopfdruck als Äquivalent für die Unterschrift), - Voraussetzung wäre allerdings, daß diese Btx-Seite zwingend mit der eigentlichen Bestellseite verknüpft ist (um den Erfordernissen des § 1 b III Nr. 1 AbzG zu genügen). Meines Erachtens erfüllt eine so gesondert abgesandte Belehrungsseite die vier Funktionen des Unterschriftserfordernisses.¹¹⁸⁾ Den Abschluß der Erklärung macht auch das Absenden einer Btx-Seite deutlich. Die Identität des Ausstellers wird bereits vorher deutlich, bei Eintritt in den Btx-Dialog durch die verschiedenen Kennworte und persönlichen Kenn- bzw. Transaktionsziffern. Ein Mißbrauch ist natürlich insoweit nicht ausschließbar, aber auch das Erfordernis eigenhändiger Unterschrift bietet keinen absoluten Fälschungsschutz;¹¹⁹⁾ der Btx-Mißbrauch dürfte technisch schwieriger sein als eine Unterschriftenfälschung. Gleiches gilt für die Echtheitsfunktion. Und die Warnfunktion erfüllt das bewußte

allerdings nach Abs. 2 Satz 3 vom Käufer gesondert unterschrieben werden muß". Aus der Bezugnahme des Relativsatzes ist zu schließen, daß die gesonderte Unterschrift nur im Falle des Abs. 3 Nr. 1 entbehrlich sein soll.

- 116) Auch der gegenteiligen Auffassung (siehe oben Fußnote 9) gebietet es offensichtlich - zumindest für Abs. 3 Nr. 1 - an Argumenten: ich habe jedenfalls keine Begründung gefunden
- 117) Micklitz lehnt deshalb die Anwendung von § 1 b III AbzG auf den Btx-Verkehr ab, ohne eine entsprechende Anwendung in Erwägung zu ziehen.
- 118) Die Unterschrift soll stets unabhängig vom Formzweck der Einzelvorschrift vier Funktionen erfüllen: Abschluß-, Identitäts-, Echtheits- und Warnfunktion, vgl. bei Köhler, AcP 166, S. 148
- 119) Köhler, a.a.O.
- 120) Vgl. Münchener Kommentar - H.P.Westermann, § 1 b AbzG Randnr. 21 m.w.Nachw.

Absenden einer eigenständigen Btx-Seite ebenso wie das bewußte Unterschreiben einer eigenständigen Klausel auf einem Formular. Danach steht § 1 b II, III AbzG dem Btx-Verkehr nicht im Wege.

b) Macht der Verkäufer von der Möglichkeit des § 1 b V AbzG Gebrauch, so können auch die Erfordernisse dieser Vorschrift über Btx erfüllt werden. Nach § 1 b V 1 AbzG muß der Verkäufer dem Käufer "schriftlich" ein Rückgaberecht einräumen. Die Unterschriftenform des § 126 BGB ist jedoch nach herrschender Meinung nicht erforderlich¹²⁰⁾, die Einräumung im Verkaufsprospekt genügt. § 1 b V AbzG ist in Wortlaut und Systematik nicht völlig geglückt. Zum einen war eine Gleichbehandlung von Rückgabe- und Widerrufsrecht gewollt, da die Einräumung eines Rückgaberechts bereits vorher im Versandhandel üblich war; zum anderen basiert die Sonderbehandlung, die dem Versandhandel zukommen soll, gerade auf der Existenz eines Verkaufsprospektes. Aus diesen Gründen reicht es aus, daß das Rückgaberecht im Verkaufsprospekt eingeräumt wird; auch im Zusammenhang mit der Belehrung wird schließlich auf den Verkaufsprospekt verwiesen (§ 1 b V 5 AbzG), es wäre widersinnig, für die Belehrung den Verkaufsprospekt (verbunden mit Urkunde bzw. Bestellformular) ausreichen zu lassen, für die Einräumung des Rückgaberechts aber Schriftlichkeit (im Sinne von § 126 BGB) zu verlangen. Da also ein Einräumen eines Rückgaberechts im Verkaufsprospekt den Erfordernissen des § 1 b V AbzG gerecht wird, ist auch die Einräumung des Rückgaberechts in einem Btx-Angebotsprogramm ausreichend, da der graphische Btx-Angebotskatalog den Anforderungen des § 1 a IV AbzG entspricht.

Für die Belehrung gilt das zum Widerrufsrecht ausgeführte entsprechend (§ 1 b V 5 AbzG). Da die Rückgabefrist erst bei Erhalt der Ware zu laufen beginnt, bietet sich insbesondere § 1 b III Nr. 2 AbzG an.¹²¹⁾

¹²¹⁾ So auch Micklitz, a.a.O., m.E. aber von seinem Standpunkt aus inkonsequent, vgl. bereits oben Fußnote 109.

3) § 1 d AbzG

Da nach der hier vertretenen Auffassung eine Belehrung nach § 1 b AbzG auch im Rahmen des Btx-Verkehrs erfolgen kann, sind für die Rechtsfolgen eines Widerrufs bzw. einer Rückgabe keine Besonderheiten ersichtlich, es gilt § 1 d AbzG.

II) Abzahlungskäufe via Btx mit gleichzeitig vorliegendem, herkömmlichen Katalog

In diesem Fall ist die Anwendung von § 1 a IV AbzG problemlos, § 1 b AbzG wirft für Bestellungen via Btx jedoch die gleichen Schwierigkeiten auf.

2. Teil: Vertragsstörungen

A) Divergenz von Angebot und Annahme

Weicht die Annahme des Btx-Anbieters inhaltlich vom Angebot des Verbrauchers ab,¹²²⁾ z.B. weil es an einer wirk-samen Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen via Btx fehlt, der Verkäufer aber bei Lieferung die Ein-beziehung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen erklärt, so ist von einem neuen Angebot im Sinne von § 150 I BGB auszugehen, das der Käufer nicht anzunehmen braucht.¹²³⁾ Beim Btx-Dialog mit einem externen Rechner ist der Vertrag bereits zustandegekommen. Will der Verkäufer nunmehr die Geltung abweichender Bestimmungen erreichen, so kann er dies nur über eine Vertragsänderung, der Käufer hat aber

122) So beim Btx-Kauf ohne Beteiligung eines externen Rechners.

123) Brinckmann, a.a.O., S. 1189.

einen Anspruch auf Ausführung des Vertrages zu den via Btx vereinbarten Bedingungen.

Gegenüber einem Vertragsabschluß in herkömmlicher Form erfordert der Btx-Verkehr keine gesonderte Behandlung. Besondere, btx-spezifische Probleme sind nicht ersichtlich, die Interessenlage wird nicht verschoben. Eine detaillierte Untersuchung der Problematik bei Divergenz von Angebot und Annahme, so wie sie bei Brinckmann¹²⁴⁾ zu finden ist, erscheint danach in diesem Zusammenhang nicht erforderlich; sie würde die Thematik dieser Arbeit sprengen.

B) Unberechtigte Benutzung des Bildschirms für Btx-Bestellungen

Wie die meisten technischen Neuerungen und Medien, die im rechtsgeschäftlichen Bereich zum Einsatz gelangen, schafft auch Bildschirmtext eine neue Möglichkeit des Mißbrauchs. So können Btx-Geräte, die auf den Namen eines bestimmten Teilnehmers bei der Bundespost angemeldet sind, von dritten Personen, die sich Kenntnis von den persönlichen Kennziffern des Teilnehmers¹²⁶⁾ verschafft haben, benutzt werden, etwa für Bestellungen von Waren oder für bankspezifische Transaktionen. Für den via Btx angerufenen Geschäftspartner erscheinen die Transaktionen dann als solche des Teilnehmers, auf dessen Namen die Geräte angemeldet sind.

124) Brinckmann, a.a.O.

125) Vgl. dazu auch den erst nach Abschluß dieser Arbeit erschienenen Aufsatz von Borsum/Hoffmeister, NJW 85, 1205

126) Für den normalen Btx-Verkehr wird jedem Teilnehmer neben der im Gerät eingespeicherten Kennziffer eine persönliche Codenummer zugeordnet, im Bankverkehr kommt dazu noch eine persönliche Identifikationsnummer (PIN) und eventuell eine Transaktionsnummer (TAN), vgl. Redeker, a.a.O., S. 2392 f.; Kleier, a.a.O., S. 536 f.; Brinckmann, a.a.O. S. 1186 f.

I) Dogmatische Einordnung

Juristisch sind solche Praktiken als Handeln unter falsche Namen einzuordnen,¹²⁷⁾ auch der Begriff Fälschung könnte wohl zutreffen.¹²⁸⁾ Nach allgemeiner Ansicht¹²⁹⁾ sind auf das Handeln unter fremdem Namen analog anzuwenden die §§ 164 ff. BGB wegen der vergleichbaren Interessenlage, trotz fehlenden Vertretungswillens des Handelnden, wenn die Gegenpartei das Auftreten des Handelnden als ein solches des Namensträgers ansehen durfte - sofern nicht ausnahmsweise ein Eigengeschäft des Handelnden anzunehmen ist.¹³⁰⁾ Im Btx-Verkehr wird eine falsche Identitätsvorstellung hervorgerufen; Name und Identität der Parteien sind bei Vertragsschlüssen via Btx und deren Durchführung für den Btx-Anbieter sehr wohl von Bedeutung, da es sich nicht um ein Geschäft mit sofortigem Leistungsaustausch handelt. Es ist also von einem Geschäft des Btx-Teilnehmers als Namensträger auszugehen, die §§ 164 ff. BGB sind heranzuziehen.¹³¹⁾ Dem steht nicht entgegen, daß in der vorliegenden Arbeit der Btx-Dialog mit dem externen Rechner als Rechtsgeschäft unter Anwesenden beurteilt wird,¹³²⁾ denn von einem Geschäft des Namensträgers muß auch bei Rechtsgeschäft unter Anwesenden ausgegangen werden, wenn

127) Einhellige Ansicht, vgl. Redeker, a.a.O., S. 1 2392 f.; Kleier, a.a.O., S. 536 f.; Brinckmann, a.a.O. S. 1186 f.

128) Diesem Begriff kommt allerdings keine exakte juristische Bedeutung zu.

129) BGHZ 45, 193; Palandt, § 164 Anm. 1 d sowie oben Fußnote 125.

130) Ausführlich zum Handeln unter falschem Namen Lieb, JuS 67, 106 ff.

131) Zwingend ist diese Einordnung allerdings nicht, wenn ein Dritter das Btx-Gerät berechtigt im Auftrag des Teilnehmers und für diesen benutzt; dann wäre eine Täuschung über bestehende Vertretungsmacht anzunehmen. Die Rechtsfolgen sind jedoch die gleichen: Zentralfrage ist stets, ob von einer Vertretungsmacht im Sinne von §§ 164 ff. BGB ausgegangen werden kann; verneint man dies, gelangt man zu §§ 177 ff. BGB sowie eventuell einem Anspruch aus culpa in contrahendo.

132) Brinckmann, a.a.O., läßt dies offen.

beide Kontrahenten davon ausgehen, daß der Namensträger Vertragspartei werden soll, sofern die tatsächlich handelnde Person vom Gegner nicht anderweitig individualisiert wird. Auch bei einem Vertragsschluß von Angesicht zu Angesicht bzw. am Telefon ist von einem Geschäft des Namensträgers auszugehen, wenn es dem Gegner auf den Namen ankommt, weil er den Namensträger nicht von Angesicht bzw. Stimme kennt.¹³³⁾ Beim Btx-Dialog werden andere Individualisierungskriterien als der Name (für den die Teilnehmernummer und die persönlichen Kennziffern stehen) gar nicht ins Spiel gebracht, es kann also naturgemäß dem Btx-Anbieter nur auf den Namen ankommen.

II) Rechtsfolgen

Das Btx-Geschäft wird für den Namensträger nur wirksam, wenn er dem Handelnden Vertretungsmacht erteilt hatte (§ 164 I 1 BGB --analog--) oder das Geschäft genehmigt (§ 177 I BGB --analog--). Die praktische Bedeutung des Problems darf man allerdings nicht überschätzen: wegen des von den großen (Versandhaus-)Anbietern generell eingeräumten, freien Rücktrittsrechts kann der Btx-Teilnehmer, dessen Name und Gerät mißbraucht wurde, ohne Schwierigkeiten und ohne sich mit der rechtlichen Situation auseinandersetzen zu müssen, die tatsächlichen Folgen des Mißbrauchs rückgängig machen. Im Bankverkehr ist die Problematik aber von praktischer Relevanz.

1) Mißbrauch durch Familienangehörige

Besonderheiten sind für die Bestellungen durch Familienangehörige des Teilnehmers zu beachten.¹³⁴⁾ Agieren geschäftsunfähige Kinder. so scheidet eine rechtsgeschäft-

¹³³⁾ Vgl. auch Larenz, S. 527.

¹³⁴⁾ Siehe hierzu auch Brinckmann, a.a.O., S. 1187.

liche Zurechnung gemäß §§ 104 Nr. 1, 105 I BGB völlig aus. Bei beschränkt geschäftsfähigen Kindern kommt es auf das Vorliegen einer Vollmacht an (§§ 164, 165 BGB); fehlt diese, so ist § 179 III 2 BGB zu beachten. Bestellt der Ehepartner des Teilnehmers, wird meist § 1357 BGB eingreifen.

2) Mißbrauch durch Dritte

Eine ausdrücklich erteilte Vollmacht kommt in den Mißbrauchsfällen nicht in Betracht. Man kann jedoch an eine konkrete Duldungs- oder Anscheinsvollmacht oder an eine allgemeine Zurechnung kraft Rechtscheins denken. Daß ein Btx-Teilnehmer den Mißbrauch seines Geräts durch einen Dritten bewußt duldet, ist kaum vorstellbar, - allenfalls noch im Familienkreis. Die Problematik kann deshalb wohl auf den Bereich der reinen Rechtscheinsvollmacht reduziert werden.

a) In diesem Zusammenhang ist zunächst nach der Berechtigung des Instituts der Anscheinsvollmacht zu fragen. Nach herrschender Meinung haftet eine Person aufgrund Anscheinsvollmacht, wenn ein Dritter in ihrem Namen auftritt, der Vertretene das Auftreten dieser Person zwar nicht kennt, aber bei gehöriger Sorgfalt hätte kennen müssen und verhindern können und wenn so für den Partner der Schein entsteht, der Vertretene kenne und dulde dieses Auftreten;¹³⁵⁾ für das Handeln unter fremdem Namen ist die Begriffsbestimmung dahingehend zu modifizieren, daß für den Partner der vertrauensschutzwürdige Anschein entsteht, der Geschäftsherr trete selbst auf. Insbesondere Medicus¹³⁶⁾ bestreitet das Institut einer Anscheinsvollmacht. In den Fällen, die die herrschende Meinung der

135) Statt aller Palandt, § 178 Anm. 4 c aa, bb.

136) Im Anschluß an Flume; allerdings will auch Medicus im Anschluß an Canaris (a.a.O. S. 48 ff., S. 191 ff.) für das Handelsrecht an der Anscheinsvollmacht festhalten, s. hierzu unter a) aE.

Anscheinsvollmacht zuordnet, liege seitens des Geschäftsherrn kein ihm als Willenserklärung (Vollmachterteilung) zurechenbares Verhalten vor, sondern nur eine Nachlässigkeit, ein Verschulden. Verschulden und Willenserklärung aber seien völlig verschiedene Kategorien; nur eine Willenserklärung begründe primäre Vertragsansprüche, Verschulden führe stets nur zu (vertraglichen) sekundären Schadensersatzansprüchen.¹³⁷⁾ Diese Argumentation ist überzeugend. Man kann ihr nicht entgegenhalten, für den Partner sei es eben nicht erkennbar, ob seitens des Geschäftsherrn nur eine Nachlässigkeit vorliege; aus seiner Sicht wäre eben von einer tatsächlich erteilten Vollmacht auszugehen und nur darauf komme es an, da die Auslegung von Willenserklärungen grundsätzlich aus Sicht des Empfängers vorzunehmen sei. Dieser Einwand geht fehl, wie die Behandlung von sog. abhanden gekommenen Willenserklärungen allgemein¹³⁸⁾ und speziell von abhanden gekommenen Vollmachtsurkunden im Sinne von § 172 BGB zeigt.¹³⁹⁾ Danach hat auch in den Fällen, in denen der Partner berechtigterweise von einer Willenserklärung bzw. Vollmachterteilung des Geschäftsherrn ausgehen durfte und auch ein Verhalten des Geschäftsherrn (Fertigung der Willenserklärung bzw. Vollmacht) vorliegt, das auf ein bewußt rechtsgeschäftliches Handeln hindeutet, eine Interessenabwägung stattzufinden. Diese kann zugunsten des Geschäftsherrn ausgehen. Eine Primärhaftung scheidet aus.¹⁴⁰⁾ Lehnt man also die Anscheinsvollmacht ab, so kommt beim Mißbrauch von Btx-Geräten durch Dritte - sofern nicht im Einzelfall eine Duldungsvollmacht anzunehmen ist - nur noch eine sekundäre Haftung auf Schadens-

137) Medicus, Bürgerliches Recht, Randnrn. 98 ff.

138) Die nach ganz einhelliger Meinung unwirksam sind, vgl. statt aller Palandt, §. 130 Anm. 1 a .

139) Bei denen der Schutz des § 172 BGB nicht eingreift, vgl. Palandt, § 173 Anm. 3 a.

140) Zur Diskussion über die Anscheinsvollmacht im Einzelnen vgl. die Nachweise bei Medicus, a.a.O. und Palandt, § 173 Anm. 4.

ersatz des Btx-Teilnehmers in Betracht. Die Diskussion verlagert sich von der Frage nach Zurechnungskriterien, die zu einer Anscheinsvollmacht führen, zur Frage nach Kriterien einer Pflichtverletzung oder auch verschuldens-unabhängigen Verursachung, die zu einer Haftung aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung bzw. § 122 BGB analog führen.¹⁴¹⁾¹⁴²⁾ Betrachtet man die in diesem konkreten Fall des Btx-Mißbrauchs vorgebrachten Zurechnungskriterien, so ergibt sich, daß diese identisch sind mit den Umständen, die zu einer Sekundärhaftung führen müssen. Redeker¹⁴³⁾ etwa führt an, daß ein Btx-Teilnehmer, der das zu seiner Erkennung nötige Kennwort weitergibt oder nachlässig verwahrt, einen zurechenbaren Grund für die Rechtsscheinhaftung setze. Eben ein solcher Umstand begründet aber zweifelsohne wegen Fahrlässigkeit auch

141) Die Haftung aus culpa in contrahendo scheitert nicht am Fehlen vertragsähnlichen Beziehungen zwischen Btx-Teilnehmer und dem Geschäftspartner. Nicht Bartl (a.a.O., S. 1100) verkennt die Tatbestandsvoraussetzungen der culpa in contrahendo - wie Redeker (a.a.O.) meint - sondern Redeker verkennt, daß aus culpa in contrahendo nicht nur der haftet, der selbst Vertragshandlungen aufgenommen hat; der Haftungsgrund der culpa in contrahendo ist in der Gewährung von in Anspruch genommenem Vertrauen zu sehen, eine Haftung aus culpa in contrahendo ist allgemein eine Haftung für enttäushtes Vertrauen (vgl. die Nachweise auf Ballerstedt und BGH bei Palandt, § 276 Anm. 6 A). Daß ein Btx-Teilnehmer, der sorglos seine Kennziffern an Dritte weitergibt und die Möglichkeit schafft, (unbemerkt) seine Btx-Geräte zu benutzen, einen haftungsrechtlich relevanten Vertrauensstatbestand schafft, kann ernsthaft wohl nicht in Zweifel gezogen werden.

142) Eine Haftung in Analogie zu § 122 BGB ist für die sog. abhandgekommenen Willenserklärungen anerkannt, vgl. z.B. Palandt, § 130 Anm. 1 a.

143) a.a.O.

eine Haftung aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung oder § 122 BGB analog. Die genauere Begriffsbestimmung der Anscheinsvollmacht in der Literatur¹⁴⁴⁾ unterstreicht diese Schlußfolgerung: Die Anscheinsvollmacht sei die Zurechnung eines schuldhaft verursachten Rechtscheins, der "Geschäftsherr" hafte nur, wenn er seine Sorgfaltspflichten verletzt habe. Es geht also durchweg um die (fahrlässige) Nichtbeachtung irgendwelcher Obliegenheiten, - wie eben bei einer Haftung aus culpa in contrahendo oder positiver Forderungsverletzung auch. Da es somit die gleichen tatsächlichen Umstände und, die - sofern sie vorliegen - zu einer Anscheinsvollmacht führen (wenn man die Existenz einer solchen bejaht) bzw. eine Sekundärhaftung des Teilnehmers begründen (wenn man das Institut der Anscheinsvollmacht ablehnt), ist es für die Untersuchung und Wertung eben dieser in Betracht kommenden tatsächlichen Btx-spezifischen Umstände als haftungsbegründende Kriterien gleichgültig, welcher Meinung man sich anschließt; sind diese Kriterien erfüllt greift je nach Standpunkt entweder die Primär- oder Sekundärhaftung ein mit dann allerdings unterschiedlichen Rechtsfolgen.¹⁴⁵⁾ Deshalb ist in diesem Zusammenhang auch nicht näher auf die Frage der Anscheinsvollmacht im Handelsrecht einzugehen.¹⁴⁶⁾ Diese Problematik hat keinen Btx-spezifischen Bezug. Denn die gleichen Btx-spezifischen Kriterien, die zu einer Primärhaftung kraft Anscheinsvollmacht führen, begründen - wenn man den gegen-

144) Vgl. z.B. Palandt, § 173 Anm. 4 c aa.

145) Zur Klarstellung: Selbstverständlich sind daneben zahlreiche weitere Pflichtverletzungen denkbar, die nur zu einer Sekundärhaftung führen können, außerhalb des Bereichs der rechtsgeschäftlichen Zurechnungsproblematik.

146) Canaris (a.a.O. S. 48 ff., S. 191 ff.) lehnt die Anscheinsvollmacht im Bürgerlichen Recht ab, will im Handelsrecht aber an dem Institut festhalten. Ihm folgend bejahen insbesondere Medicus (Allgemeiner Teil des BGB, 1982Rz. 972) und Larenz (Allgemeiner

zeitigen Standpunkt bezieht - auch eine Sekundärhaftung. Davon zu trennen ist die Frage, ob nicht im Handelsrecht wegen des gesteigerten Bedürfnisses nach Verkehrsschutz und Rechtssicherheit diese (die Primär- oder Sekundärhaftung begründenden) Kriterien verschärft sind.¹⁴⁷⁾

Auch wenn man von einer zu primären Vertragsansprüchen gegen den Btx-Teilnehmer führenden Anscheinsvollmacht ausgeht, muß es nicht unbedingt bei den vertraglichen Primäransprüchen verbleiben. Wenn in der Person des Btx-Teilnehmers ein zur Anfechtung der Vollmacht berechtigender (Irrtums-)Grund vorliegt, kommt es wiederum zu einer nur sekundären Haftung aus § 122 BGB bzw. culpa in

Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, a.a.O., S. 627 Fn. 16) in Anlehnung an handelsrechtliche Spezialvorschriften und die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens eine Erfüllungshaftung kraft Anscheinsvollmacht im Handelsrecht. Flume allerdings lehnt die Anscheinsvollmacht auch im Handelsrecht ab, die Rechtsscheinhaftung des § 15 HGB dürfe nicht im Sinne einer generellen Vertrauenshaftung verallgemeinert werden (a.a.O., S. 836). Die Beschränkung der Anscheinshaftung auf das Handelsrecht ist überzeugend. Canaris betont, daß nach den allgemeinen Grundsätzen des geltenden Rechts eine fahrlässige Pflichtverletzung keine Erfüllungs-, sondern nur eine Schadensersatzhaftung befründen kann, es sei denn besondere Gründe führen im Einzelfall zu einem positiven Vertrauensschutz, also zu einer Primärhaftung (a.a.O., S. 51). Solche besonderen Gründe hält Canaris im Handelsrecht insoweit für gegeben, als "die interne Funktionsverteilung in einem arbeitsteilig organisierten Betrieb für den Dritten regelmäßig nicht durchschaubar ist und daß dieser sich daher an das nach außen in Erscheinung tretende Bild muß halten können" (a.a.O., S. 193). Die besonderen Gründe für die Anerkennung der Anscheinsvollmacht im Handelsrecht hängen also "vor allem auch mit den besonderen Problemen der kaufmännischen Betriebsführung zusammen" (a.a.O., S. 192, vgl. auch Canaris NJW 66, 2349 und JZ 76, 132). Folgt man dieser Argumentation, so ist auch für den Btx-Verkehr im Bürgerlichen Recht eine Primärhaftung kraft Anscheinsvollmacht abzulehnen, im Handelsrecht aber zu bejahen.

147) s. hierzu unter c) bb) aE

contrahendo oder positiver Forderungsverletzung, - vorausgesetzt man hält richtigerweise eine Anfechtung von Rechtscheinvollmachten für zulässig.¹⁴⁸⁾

b) Von Redeker¹⁴⁹⁾ wird die Frage aufgeworfen, ob eine Rechtsscheinhaftung seitens des Btx-Teilnehmers überhaupt denkbar sei, da Voraussetzung das Vertrauendürfen eines Dritten auf diese Vollmacht sei, Dritter aber hier eine EDV-Anlage und nicht ein Mensch ist. Die Frage stellt sich auch, wenn man von einer bloßen Sekundärhaftung ausgeht, da auch in diesem Fall das Vertrauen des Eratzberechtigten relevant ist, spätestens für die haftungsbe gründende und haftungsausfüllende Kausalität sowie die Schadensberechnung. Kann also eine EDV-Anlage auf etwas "vertrauen"? Selbstverständlich nicht. Und dennoch bedarf es keiner Analogie¹⁵⁰⁾ zu den Grundsätzen der Rechtscheinhaftung.¹⁵¹⁾ Die hinter der EDV-Anlage stehende Person vertraut, die EDV-Anlage bearbeitet nur nach bestimmten eingegebenen Regeln die Geschäftsfälle, die zu einem Vertrauenstatbestand führen können. Die Bearbeitungsregeln stellen aber nur eine Generalisierung des menschlichen Gedankengangs bei der Vertrauensbildung dar. Die Gedankenführung, die für den einzelnen Geschäftsvorfall zu einem Vertrauen führen wird, hat die bearbeitende Person analysiert, generell festgelegt und in die EDV-Anlage eingespeichert, so wie man einer Hilfsperson die Anweisung erteilen würde: "Wenn dies und das geschieht, ziehe ich jene Schlußfolgerung daraus, genau das sollst du nun für mich tun"; eine Willensbildung in Person der Hilfskraft findet nicht statt und dennoch wird ein Vertrauenstatbestand geschaffen. Wenn man richtigerweise

148) Der Geschäftsherr soll nicht schlechter stehen, als bei einer ausdrücklich erteilten Vollmacht, anders die herrschende Meinung, vgl. Palandt, § 173 Anm. 1.

149) a.a.O.

150) So aber Redeker, a.a.O. S. 2393

151) Bzw. den Grundsätzen einer Haftung aus culpa in contrahendo oder positiver Forderungsverletzung.

die automatisierte Willenserklärung als echte Willenserklärung ansieht, da auch die komplizierteste EDV-Anlage keine eigenständigen Entscheidungen zu treffen vermag, sondern nur logische Operationen nach einem vorgegebenen Programm durchführt,¹⁵²⁾ so muß man auch ein echtes Vertrauchen anerkennen, da dieses auf eben die gleiche Art und Weise entsteht. Eine Analogie zu den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung bzw. den Haftungsgrundsätzen aus positiver Forderungsverletzung oder culpa in contrahendo ist deshalb meines Erachtens nicht nur überflüssig, sondern auch verfehlt.

c) Gleichgültig, welche rechtliche Einordnung man befürwortet - Anscheinsvollmacht oder Sekundärhaftung - , letztlich geht es nur um die Frage nach der Risikoverteilung¹⁵³⁾ zwischen Btx-Anbieter und Btx-Teilnehmer. Muß sich ein Btx-Teilnehmer rechtsgeschäftliche Aktionen, die ein nicht beauftragter Dritter auf seinem Btx-Gerät unter Verwendung seiner Kennziffern getätigt hat, zurechnen lassen? Wer trägt grundsätzlich das Btx-Mißbrauchsrisiko? Man kann zunächst einen Vergleich zu anderen rechtsgeschäftlichen Mißbrauchsfällen anstellen: es bieten sich die Unterschriftsfälschung sowie der Mißbrauch einer verdeckten Blanketturkunde an. Wird z.B. eine Warenbestellung oder ein Überweisungsauftrag an eine Bank gefälscht, so ist dies - entsprechend dem Grundgedanken der Privatautonomie - dem "Geschäftsherrn" nicht zurechenbar,

152) Köhler, a.a.O., S. 133 m.w.Nachw.

153) Redeker (a.a.O.) bringt als Einwand gegen die Anwendung der Rechtsscheingrundsätze auf den Btx-Mißbrauch, daß dies zu einer Risikoverteilung zwischen Btx-Anbieter und -teilnehmer führt. Doch eine Teilnahme am Rechtsverkehr läßt stets Risiken entstehen; diese nach Interessenlage gerecht zu verteilen, ist gerade Aufgabe der Rechtsordnung - wie etwa die Risikoverteilungsnormen des BGB, z.B. § 446 zeigen. Aufgabe des Juristen ist es, die vom Gesetzgeber vorgegebene Risikoverteilung im Einzelfall interessengerecht anzuwenden und weiterzuentwickeln.

das Fälschungsrisiko trägt der Empfänger.¹⁵⁴⁾ Ebenso wenig kommt eine Zurechnung abhandengekommener und (mißbräuchlich) ausgefüllter Blanketturkunden in Betracht,¹⁵⁵⁾ wie dies allgemein für abhandengekommene Willenserklärungen gilt.¹⁵⁶⁾ Das bloße Anfertigen eines Blanketts allein schafft kein erhöhtes Risiko, für das der Anfertigende einzustehen hätte. Der Grund hierfür: solange der Blankettaussteller keinen irgendwie gearteten Umstand dafür schafft, daß seine Erklärung in den Rechtsverkehr gelangen kann, kann er im allgemeinen Rechtsverkehr auch nicht dafür verantwortlich gemacht werden; sein Tun hat den rein persönlichen Bereich nicht verlassen. Im Gegensatz dazu ist ein Blankettaussteller an die mißbräuchliche Ausfüllung durch einen Dritten gebunden, wenn er diesem das Blankett ausgehändigt hat, da er bewußt dafür gesorgt hat, daß das Blankett am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Aber auch wer unbewußt¹⁵⁷⁾ ermöglicht, daß ein Blankett in den Rechtsverkehr gelangt, etwa durch nachlässige Verwahrung, hat dafür einzustehen. Allein entscheidend ist, ob der "Geschäftsherr" der fraglichen Erklärung einen ihm zurechenbaren Anstoß in Richtung des

154) Vgl. z.B. Köhler, a.a.O., S. 138; Borsum/Hoffmeister, a.a.O., S. 1443 unter Hinweis auf BGH DB 68, 303.

155) Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 62; ebenso Palandt, § 173 Anm. 3 d, wie sich daraus ergibt, daß dort nur vom freiwilligen aus der Hand geben einer Blanketturkunde die Rede ist.

156) Wie bereits dargestellt, wird allgemein eine Primärhaftung für abhandengekommene Willenserklärungen abgelehnt. Zu beachten ist allerdings - sonst wäre die These widerlegt, daß es die gleichen Kriterien sind, die zu einer Rechtsscheinhaftung bzw. zu einer bloßen Sekundärhaftung führen -, daß eine Sekundärhaftung für abhandengekommene Willenserklärungen nur dann in Betracht kommt, wenn der "Geschäftsherr" ein irgendwie geartetes Risiko, für das er verantwortlich gemacht werden kann, für das Abhandenkommen gesetzt hat. Gleiches gilt für § 122 BGB analog (verschuldensunabhängig).

157) Insoweit abweichend von Canaris, a.a.O., S. 58, 65, der nur die Zurechnung einer wissentlichen Schaffung eines Rechtsscheins gelten läßt, - allerdings dort im Zusammenhang mit der Frage nach einer Primärhaftung.

allgemeinen Rechtsverkehrs gegeben hat. Diese Formulierung kann vielleicht dazu beitragen, den Begriff des erhöhten Fälschungsrisikos, der in diesen Fällen gern als entscheidendes Kriterium bemüht wird,¹⁵⁸⁾ zu konkretisieren und auszufüllen. Für den Btx-Mißbrauch lautet die Fragestellung somit konkret, unter welchen Umständen ein Btx-Teilnehmer für die mißbräuchlichen Erklärungen wegen eines zurechenbaren Anstoßes in Richtung Rechtsverkehr verantwortlich gemacht werden kann.

aa) Genügt hierfür bereits der bloße Anschluß an das Btx-System? Das ist sicherlich zu verneinen.¹⁵⁹⁾ Wenn auch die Anschaffung einer technischen Neuerung mit Einsatzmöglichkeiten im rechtsgeschäftlichen Bereich stets neue rechtsgeschäftliche Mißbrauchsmöglichkeiten schafft, so kann deshalb dem Betreiber nicht schon jeglicher Mißbrauch zugerechnet werden; erst wenn er eine Bewegung in Richtung Rechtsverkehr in Gang setzt, ist eine Zurechnung interessengerecht. Der bloße Anschluß an das Fernsprechnet¹⁶⁰⁾ ordnet nicht automatisch dem Fernsprechteilnehmer sämtliche, mit Hilfe des Anschlusses vorgemommenen rechtsgeschäftlichen Handlungen zu. Das bloße Tragen eines Namens und damit zwangsläufig verbundene Führen eines bestimmten Unterschriftszuges läßt den Namensträger nicht für jede mißbräuchliche Verwendung seines Namens bzw. des Schriftzuges haften. Anerkannt ist auch, daß beim verdeckten Blankett der Aussteller nicht aus demselben haftet, wenn es ihm z.B. gestohlen wurde.¹⁶¹⁾ Es

158) Redeker, a.a.O., S. 2393 f.; der Sache nach auch Hellner, a.a.O., S. 274; Köhler, a.a.O., S. 138; Canaris, a.a.O., S. 70 Fußnote 19.

159) So auch Borsum/Hoffmeister, a.a.O., S. 1143.

160) Auch jedem Fernsprechananschluß ist ein bestimmter, feststllbarer Fernsprechteilnehmer zugeordnet.

161) Das verdeckte Blankett eignet sich für einen Vergleich mit Btx-Mißbrauch besonders gut, da auch dort der Fälscher vom "Geschäftsherrn" bereits geschaffene Identifikationsmerkmale (zur Zuordnung einer Willenserklärung zu einem bestimmten Aussteller) übernimmt und nur die angebliche Willenserklärung des Geschäftsherrn inhaltlich herstellt.

gilt allgemein der Grundsatz, daß der bloße Erwerb oder Besitz eines Gegenstandes, dessen Verwendung rechtsgeschäftlich bedeutsam werden kann, nicht zu einer Einstandspflicht für sämtliche Mißbräuche führt, die der Inhaber des Gegenstandes nicht in einer zusätzlichen Weise als durch die bloße Anschaffung begünstigt. Dieser privatautonome Grundsatz hat z.B. auch in § 7 III StVG seinen Niederschlag gefunden. Dem kann nicht mit einem Sphärengedanken begegnet werden.¹⁶²⁾ Sicherlich dient die Schaffung von persönlichen Kennziffern für den Btx-Teilnehmer der Verhinderung von Mißbräuchen;¹⁶³⁾ im Bankverkehr ist der Anreiz für soche Mißbräuche besonders groß, deshalb haben die Banken zusätzliche Kennziffern eingeführt, die sog. PIN und TAN. Warum der Btx-Teilnehmer nur deshalb, weil er eine persönliche Kennziffer hat, generell für jeden Mißbrauch in seiner Sphäre¹⁶⁴⁾ einstehen müssen soll, ist nicht einleuchtend. Auch das Unterschriftserfordernis - z.B. für Überweisungen - im Bankverkehr oder im Warenversandhandel dient der Kontrolle und Begegnung von Mißbräuchen; dennoch muß der Namens-träger nicht für die Fälschung seiner Unterschrift einstehen, obwohl der Mißbrauch auch seiner Sphäre zurechenbar ist, da ja sein Name eingesetzt wurde, - ebenso wie die Btx-Geräte eines Teilnehmers eingesetzt werden. Nicht bestreiten kann man allerdings, daß durch den Btx-Mißbrauch wie durch eine Unterschriftsfälschung ein Anschein entsteht, der erst beseitigt werden muß. Die Frage ist nur, wen diese Verpflichtung trifft. Dies macht deutlich, daß das Kernproblem die Beweislastverteilung ist. Genau dies meinen im Grunde viele Autoren auch,¹⁶⁵⁾

162) Hellner, a.a.O.

163) Hellner, a.a.O.

164) Fraglich überhaupt, ob es sich um die Sphäre des Teilnehmers handelt, da dieser auf die Aktionen des Fälschers keinen Einfluß hat, vgl. Borsum/Hoffmeister, a.a.O.

165) Selbst wenn Haftungs- und Beweisproblematik deutlich getrennt wird, wie z.B. bei Hellner, a.a.O.

dies zeigen die Formulierungen ihrer Argumentation. So z.B. Lachmann¹⁶⁶⁾: "Wer über die Kenntnis des Kennworts verfügt, wird sie letztlich (direkt oder mittelbar) vom Teilnehmer haben". Deutlicher kann man wohl nicht zum Ausdruck bringen, daß es in erster Linie um Beweisfragen geht und erst sekundär um materielle Haftungs- oder Zurechnungskriterien. Ebenso die Formulierung:¹⁶⁷⁾ "Dies alles spricht dafür, daß der Teilnehmer sich die über sein Gerät abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen zurechnen lassen muß", gemeint ist - in Fortsetzung des zitierten Satzes - : solange er nicht den Beweis des Gegenteils erbracht hat.

Auch der Einwand der Teilnehmer allein habe es in der Hand, Mißbräuche zu verhindern, da er jederzeit die Kennziffern wechseln könne¹⁶⁸⁾ und außerdem der Btx-Anbieter keinerlei Möglichkeit habe, die Identität des Teilnehmers zu kontrollieren,¹⁶⁹⁾ geht fehl. Völlig auszuschließen ist ein Mißbrauch auch bei täglichem Wechsel der Kennziffern nicht; außerdem überschreitet eine solche Forderung nach häufigem Kennzifferwechsel - auch im geschäftlichen Bereich - die Grenze des Zumutbaren. Es wurde schließlich auch noch von niemandem verlangt, von Zeit zu Zeit seinen Unterschriftszug zu variieren, um das Fälschungsrisiko zu verringern; und mir persönlich erscheint es einfacher, die Kontonummer eines Bankkunden in Erfahrung zu bringen und dessen Unterschrift zu fälschen, als Kenntnis von den sorgfältig verwahrte Kennziffern eines Btx-Teilnehmers zu erlangen und das Gerät in dessen Wohnung oder Geschäftsräumen zum Einsatz zu bringen. Daß der Btx-Anbieter die Identität des Teilnehmers nicht kontrollieren könne, ist nicht ganz

166) NJW 84, 408.

167) Lachmann, a.a.O.

168) Lachmann, a.a.O.; Redeker, a.a.O.; Kleier, a.a.O., S. 537.

169) Redeker, a.a.O.

richtig: Eine solche Kontrolle ist gerade durch Vergleich von Teilnehmernummern und Kennziffern möglich, genauso wie eine Ausstellerüberprüfung durch Unterschriftsvergleich geschieht. Ich halte die erste Kontrollmöglichkeit für die sicherere, warum also sollte sie zu einer verschärften, materiellen Zurechnung bzw. Haftung führen?

bb) Um zu einer materiellen Zurechnung¹⁷⁰⁾ bzw. - nach der hier zumindest für das bürgerliche Recht vertretenen Ansicht - sekundären Haftung¹⁷¹⁾ zu gelangen, sind also weitere Kriterien erforderlich, wie eine Erhöhung des Fälschungs- und Mißbrauchsrisikos seitens des Teilnehmers und ein zurechenbares Richtunggeben auf den allgemeinen Rechtsverkehr. Hat der Btx-Teilnehmer seine persönlichen Kennziffern an Dritte weitergegeben oder allzu sorglos verwahrt, so muß ihn eine zurechenbare Mitverursachung des Mißbrauchs angelastet werden. Diese kann darin gefunden werden, daß er mit dazu beigetragen hat, die mißbräuchlich entstandenen Willenserklärungen in den Rechtsverkehr gelangen zu lassen. Allgemein beantwortet werden kann die Frage, wann der Teilnehmer ein ihm zurechenbares (erhöhtes) Mißbrauchsrisiko schafft, nicht, eine endgültige Entscheidung kann nur im Einzelfall getroffen werden; es muß von Fall zu Fall entschieden werden, ob der Btx-Teilnehmer zurechenbar die gefälschten Erklärungen in den Rechtsverkehr hat gelangen lassen. Grundsätzlich ist dies aber nur dann der Fall, wenn der Btx-Teilnehmer durch seine Handlungsweise die Privatsphäre verlassen und ein Vorfeld des rechtsgeschäftlichen Bereichs erreicht hat, er mit dem Entstehen rechtsgeschäftlicher Vorgänge aufgrund seiner Verhaltensweise also rechnen mußte. Unterscheiden muß man in diesem Zusammen-

170) d.h. einer primären Erfüllungshaftung - wenn man von den Grundsätzen einer Anscheinsvollmacht ausgeht.

171) aus culpa in contrahendo bzw. § 122 BGB analog.

hang wohl auch zwischen dem Einsatz von Btx im kaufmännischen und privaten Bereich.¹⁷²⁾ Aufgrund des gesteigerten Bedürfnisses nach Verkehrsschutz und Rechtssicherheit ist im kaufmännischen Bereich gewiß von verschärften Kriterien für eine Zurechnung des Mißbrauchs auszugehen. Im Einzelnen muß sich dies für die Zukunft erst in der Praxis zeigen.

III) Beweisfragen

Wie bereits angedeutet, ist die Mißbrauchsproblematik im Btx-Verkehr in erster Linie eine Beweisproblematik. Auch für den Btx-Dialog ist grundsätzlich von den Regeln der allgemeinen Beweislastverteilung auszugehen.¹⁷³⁾ Wer eine Rechtsfolge für sich in Anspruch nimmt, muß die Tatsachen beweisen, die den Tatbestand der anspruchsbegründenden Norm ausfüllen.¹⁷⁴⁾ Verlangt der Btx-Anbieter vom Teilnehmer Erfüllung des angeblich abgeschlossenen Rechtsgeschäfts (z.B. Abnahme und Bezahlung der Ware), so hat er den Vertragsschluß zu beweisen. Da der Anspruchsteller die (auch negativen) rechtsbegründenden und -erhaltenden, der Gegner aber die rechtshindernden (und -vernichtenden) Tatsachen zu beweisen hat,¹⁷⁵⁾ ist entscheidend, welche beweisrechtliche Bedeutung der Behauptung des Btx-Teilnehmers zukommt, ein Dritter hätte mißbräuchlich mit seinem Gerät Willenserklärungen abgesandt. Geht man davon aus, daß eine vertragliche Einigung nur wirksam ist, wenn eine Übereinstimmung hinsichtlich der essentialia eines Rechtsgeschäfts vorhanden ist, zu diesen essentiellen Vertragsbestandteilen aber die Identität der Vertragsparteien gehört, so ist die Frage, zwischen welchen Personen es zu einer vertraglichen

¹⁷²⁾ siehe hierzu Redeker, a.a.O., S. 2393 f.

¹⁷³⁾ Redeker, a.a.O., S. 2394.

¹⁷⁴⁾ Thomas/Putzo, vor § 284 Anm. 7 a, d.

¹⁷⁵⁾ Thomas/Putzo, a.a.O.

Einigung gekommen ist, wohl als rechtsbegründende Tatsache einzustufen; die Beweislast würde dann den Btx-Anbieter treffen. Das umgekehrte Ergebnis wird erzielt, wenn man (richtigerweise) davon ausgeht, daß der Vertragsschluß mit seinen wesentlichen Bestandteilen¹⁷⁶⁾ feststeht und der Btx-Teilnehmer nur eine Ausnahme für sich in Anspruch nimmt, daß nämlich nicht er selbst, sondern ein anderer unter seinem Namen (ohne Vertretungsmacht) gehandelt hat; aus dieser Sicht ist wohl eine rechtshindernde Tatsache anzunehmen, die der Gegner (der Btx-Teilnehmer) zu beweisen hat.¹⁷⁷⁾ Letztlich kann aber offenbleiben,

176) Vertragsparteien: Btx-Anbieter und derjenige, auf dessen Namen der Btx-Anschluß zugelassen ist.

177) Thomas/Putzo, § 284 Anm. 7 e, und Palandt, § 164 Anm. 5 für die Behauptung des Vertragsgegners, ein Vertretergeschäft liege vor. Kleier (a.a.O., S. 536) meint, dieser Fall sei dem hier interessierenden nicht vergleichbar, denn bei dem aufgestellten Grundsatz stehe fest, wer gehandelt habe, streitig sei nur, ob diese Person als Vertreter aufgetreten und mit Vertretungsmacht gehandelt habe, während hier eben die Frage nach der Identität der handelnden Person in Streit stehe. Beim Handeln unter fremdem Namen trage grundsätzlich der Erklärungsempfänger die Beweislast für die Frage, ob unter fremdem Namen gehandelt worden ist oder nicht. Diesen Grundsatz will Kleier aus einem Urteil des BGH (NJW 66, 1069) folgern; in diesem Urteil habe der BGH dem Erklärungsempfänger die Beweislast für die Echtheit einer Unterschrift auferlegt (in den Urteilsgründen unter II). Dies ist m.E. nicht richtig: in dem BGH-Fall war die Fälschung der Unterschrift unstrittig, der BGH stellte nur fest, daß der Erklärungsempfänger das Fälschungsrisiko trage (vgl. a.a.O. unter II letzter Satz); da aber die Fälschung feststand, konnte der BGH damit nicht meinen, wer das Risiko der Unaufklärbarkeit tragen müsse (wen also die Beweislast treffe), gemeint ist vielmehr, daß der Erklärungsempfänger das materielle Risiko einer Fälschung (siehe oben unter II) zu tragen habe und nicht derjenige, dessen Unterschrift gefälscht worden ist. Mit anderen Worten: der BGH wollte klarstellen, daß der Erklärungsempfänger keine materielle Geltung der gefälschten Unterschrift verlangen kann mit dem Argument, er habe die Fälschung schuldlos nicht erkannt. - Es ist also durchaus naheliegend, die Beweislastverteilung aus der echten Stellvertretung herzuleiten: Beim Handeln in fremdem Namen hat derjenige, der dieses Handeln in fremdem Namen (als Ausnahme zum grundsätzlichen Handeln für sich selbst) behauptet, es auch zu beweisen.

welche Betrachtungsweise hier richtig ist. Denn auch, wenn man von einer grundsätzlichen Beweislast des Btx-Anbieters ausgeht, ist im konkreten Fall eine Beweislastumkehr anzunehmen; die mißbräuchliche Benutzung seines Btx-Geräts hat der Teilnehmer zu beweisen.¹⁷⁸⁾ Wollte man die Beweislast beim Anbieter belassen, öffnete man damit Schutzbehauptungen der Btx-Teilnehmer Tür und Tor.¹⁷⁹⁾ Der Btx-Teilnehmer könnte jederzeit behaupten, eine vertragliche Erklärung stamme nicht von ihm, sondern von einem unbefugten Dritten; diese Möglichkeit käme faktisch einem Rücktritts- oder Widerrufsrecht gleich, da die Beweislage der Btx-Anbieters hinsichtlich der Frage, wer die Btx-Geräte tatsächlich bedient hat,¹⁸⁰⁾ nicht nur problematisch, sondern vollständig aussichtslos ist, während der Teilnehmer meist ohne weiteres wird nachweisen können, daß die Erklärung

-
- 178) So im Ergebnis auch Brinckmann, a.a.O., S. 1187; Hellner, a.a.O., S. 275 f.; Lachmann, a.a.O., S. 408; unklar insoweit Redeker a.a.O., S. 2394; aA aber Kleier, a.a.O., auch Borsum/Hoffmeister, a.a.O. S. 1446, die allerdings das spezielle Beweisproblem bei der mißbräuchlichen Btx-Benutzung durch Dritte in ihrem Abschnitt "Verfahrensfragen" (S. 1445 f.) nicht direkt ansprechen.
- 179) Vgl. Kleier, a.a.O.
- 180) Zu trennen von der Frage nach dem Inhalt der via Btx abgegebenen Erklärungen, insoweit hat der Btx-Anbieter die Beweislast (insoweit stimmt die ausführliche Argumentation von Borum/Hoffmeister, a.a.O.; den Inhalt des Angebots eines Btx-Teilnehmers kann der Anbieter aufgrund der technischen Möglichkeiten tatsächlich leichter beweisen als der Teilnehmer, der grundsätzlich nicht über einen Drucker verfügt.), vgl. auch Hellner, a.a.O.
- 181) Redeker, a.a.O.

nicht von ihm stammt.¹⁸²⁾ Die verschiedenen persönlichen Identifikations- und Transaktionsnummern im Btx-Verkehr wurden gerade geschaffen, um einen Mißbrauch in der Teilnehmersphäre zu verhindern und dem Empfänger der Btx-Erklärung eine verlässliche Dispositionsgrundlage zu verschaffen; das Bildschirmtextliche Identifikationssystem dient dem Schutz beider beteiligter Seiten, Anbieter und Teilnehmer. Es wäre also nicht zweckentsprechend, dem Anbieter die Beweislast für eine mißbräuchliche Benutzung auf der Teilnehmerseite aufzubürden, da man ihm damit wegen des fast 100%igen Beweisnotstandes faktisch den beabsichtigten Schutz wieder entzöge. Allgemein soll eine gerechte Beweislastverteilung vermeiden, daß eine Partei ihr Recht wegen Beweisnotstandes faktisch nicht durchsetzen kann.

In den Problemkreis der Beweislastverteilung hat der Sphärengedanke ¹⁸³⁾ Einlaß gefunden: die Beweislast für eine Störung der Vertragsbeziehung trifft denjenigen, aus dessen Gefahrenkreis oder Verantwortungsbereich die Störung resultiert.¹⁸⁴⁾ Dem Einwand Kleiers¹⁸⁵⁾ ist zuzugeben, daß diese Überlegungen bislang tatsächlich nur für Sekundärleistungsansprüche angestellt wurden. Hierzu ist zunächst anzumerken, daß es richtigerweise im Falle des Btx-Mißbrauchs ebenfalls um Sekundäransprüche (aus culpa in contrahendo, positiver Forderungsverletzung oder § 122

182) Z.B. durch den Nachweis der Abwesenheit zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärungen via Btx (meist wird er sich nämlich tatsächlich an anderem Ort aufgehalten haben, da gerade die Abwesenheit häufig die Mißbrauchsmöglichkeit schafft).

183) Auch die positive Gesetzesvorschrift des § 282 BGB beruht auf dem Gedanken, daß der Schuldner (der unmöglich gewordenen Leistung) am besten in der Lage ist, die Umstände aus seinem Bereich darzutun, die ihm die Erfüllung seiner Pflichten unmöglich machen vgl. RGRK, § 282 Randnr. 1.

184) Palandt, § 282 Anm. 2.

185) a.a.O.

BGB analog) geht.¹⁸⁶⁾ Aber auch, wenn man - die Existenz einer Anscheinsvollmacht bejahend - der Ansicht ist, es gehe hier um die Durchsetzung von Primärleistungsansprüchen, greift der Einwand letztlich nicht durch. Kleier sieht den sachlichen Unterschied darin, daß der Anspruchsteller von Sekundäransprüchen auf des haftungsbegründende Ereignis in der Regel keinen Einfluß habe, während der Anspruchsteller bei Verträgen weitere Beweissicherungen für das Zustandekommen eines Vertrages treffen könne. Diese Argumentation begegnet Bedenken. Grundsätzlich gehen die Parteien bei Vertragsschluß davon aus, daß der Vertrag problemlos abgewickelt wird. Das ist der Normalfall und so soll es auch sein. Wenn sich die Parteien vertraglich in der vorgeschriebenen Form geeinigt haben, besteht für sie keine Veranlassung, dies nochmals dokumentativ festzuhalten. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich den schriftlichen Vertragsschluß vor Augen hält. Eine nochmalige schriftliche Bestätigung hätte keine wesentlich größere Aussage- oder Beweiskraft. Es gibt in der Lebenswirklichkeit keine hundertprozentige Sicherheit, auch in der juristischen Wirklichkeit nicht. Um die Praktikabilität, die Schnelligkeit und die Leichtigkeit des Rechtsverkehrs zu erhalten, muß man bei der Rechtssicherheit gewisse Abstriche machen. Die Einführung technischer Neuerungen, insbesondere der neuen Medien mit ihren Vorteilen, fordert auch die Inkaufnahme gewisser Unsicherheiten. Schließlich erfordert jeder Geschäftsverkehr ein gewisses Maß an Vertrauen. Wenn man dem Btx-Anbieter die Beweislast für einen Mißbrauch auf Teilnehmerseite aufbürdet, so zwingt man ihn faktisch dazu, es mit dem Vertragsschluß via Btx nicht genug sein zu lassen, sondern sich durch eine schriftliche oder (fern-)mündliche Bestätigung abzusichern; damit führt man das neue Medium ad absurdum. Eine lebendige Jurisprudenz darf sich aber

186) Vgl. oben unter II 2 a.

nicht als Hemmschuh des technischen Fortschritts erweisen, Aufgabe der Jurisprudenz ist es vielmehr, eine gerechte und praktikable Eingliederung der Neuerungen in des Rechtssystem vorzunehmen. Fazit ist also: die von Kleier angeführte Möglichkeit der Beweissicherung kann mangels sinnvoller Praktikabilität und Zumutbarkeit kein für die Beweislastverteilung hinsichtlich des Abschlusses eines Vertrages entscheidendes Kriterium sein.

Es geht beim Btx-Mißbrauch auf Teilnehmerseite auch gar nicht um die Beweissicherungsmöglichkeit für das Zustandekommen eines Vertrages. Daß zwei übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben wurden, steht nämlich fest, bewiesen werden muß nur, wem eine dieser Erklärungen zuzurechnen ist. Eine Beweissicherung dergestalt, daß nach Vertragsschluß noch einmal der genaue Inhalt des Vertrages dargestellt werden soll, mag in Teilbereichen des Geschäftsverkehrs noch sinnvoll und zumutbar sein - wie etwa das kaufmännische Bestätigungsschreiben zeigt. Unvorstellbar ist jedoch, die Vertragsparteien faktisch dazu zu zwingen, nach jedem Vertragsschluß noch einmal beim Partner nachzufragen: "Habe ich den Vertrag wirklich mit Ihnen selbst geschlossen?"

Es müßen also anderweitige, sachgerechte Kriterien für eine gerechte Beweislastverteilung gefunden werden. Im Grundsatz verbleibt es dabei, daß jeder Anspruchsteller die ihm günstigen Tatsachen darzutun hat. Niemand soll einen anderen durch die bloße Aufstellung von Behauptungen in Beweisnotstand bringen dürfen. Andererseits soll aber auch niemand einen anderen durch das bloße Abstreiten von Tatsachen in Beweisnotstand bringen dürfen, die aus einer von ihm beherrschten Sphäre stammen.¹⁸⁷⁾

187) Zur Verteilung der Beweislast bei der positiven Forderungsverletzung nach Gefahren- und Verantwortungsbereichen, vgl. Staudinger-Löwisch, § 282 Randnr. 12 ff. m.w.Nachw.

Das schlichte Handeln unter fremden Namen, also die bloße Verwendung eines fremden Namens ohne Zurückgreifen auf weitere Rechtsscheinträger ist kein, der beherrschten Sphäre des Namensträgers zurechenbarer Umstand. Wer kann verhindern, daß sich ein anderer des eigenen Namens bedient? Dieses Risiko ist nicht beherrschbar. Anders, wenn die Namenstäuschung auf Rechtscheinträger, die aus der Sphäre des Namensträgers stammen müssen, aufgebaut wird: das Risiko, daß diese Rechtsscheinträger die eigene Sphäre nicht verlassen, ist im Regelfall beherrschbar und auf diesen Regelfall allein kommt es für eine gerechte Beweislastverteilung an. Daß man im Einzelfall diese Sphärenbeherrschung verlieren kann und deshalb materiell sich das Fremdhandeln nicht zurechnen lassen muß, ist eine davon zu trennende Frage des materiellen Rechts, die durch eine gerechte Beweislastverteilung gerade geklärt werden soll. Aus diesem Grunde muß für die Beweislastverteilung auf den Regelfall abgestellt werden. Wer sich als Inhaber eines Bankkontos Scheckvordrucke aushändigen läßt, schafft das Risiko des Mißbrauches. Diesem Risiko kann er durch sorgfältige Aufbewahrung begegnen. Kommt ein ausgefüllter Scheck in den Verkehr, so hat ihn vermutlich der Kontoinhaber selbst in den Verkehr gebracht bzw. den Mißbrauch durch mangelnde sorgfältige Aufbewahrung ermöglicht. Hierüber kann allein der Kontoinhaber Auskunft geben. Deshalb ist nur ihm zuzumuten, den Beweis dafür anzutreten, daß (trotz Erfüllung der Sorgfaltspflichten seinerseits) ein Handeln unter fremdem Namen gelungen ist. Gleiches gilt im Btx-Verkehr. Geht bei einem Btx-Anbieter eine Bestellung oder eine Anweisung ein, so rührt sie entweder vom Btx-Teilnehmer her oder dieser hat mangels sorgfältigem Umgangs mit seinen

Kennziffern den Mißbrauch ermöglicht. Daß dies ausnahmsweise nicht so sei, soll und kann er zumutbarerweise darlegen und beweisen.

Man könnte im Btx-Verkehr beinahe von einer zu Anfang vereinbarten vertraglichen Verteilung der Beweislast sprechen. Zumindest im Bankverkehr übernimmt der Kunde zu Beginn der Geschäftsverbindung via Btx bei Erhalt der verschiedenen Kennziffern und Geheimnummern die Verpflichtung, diese sorgfältig auszubewahren, dafür einzustehen¹⁸⁸⁾ und die Erfüllung seiner Verpflichtung sowie die Bedienung seines Btx-Anschlusses im Rahmen der Vereinbarung im Streitfall auch darzulegen und das Risiko der Unaufklärbarkeit zu tragen. Auch im allgemeinen Btx-Verkehr übernimmt der Teilnehmer gegenüber allen potentiellen Anbietern bei Anschluß an das System konkludent diese Verpflichtung. Bleibt die Frage, was im einzelnen der Btx-Teilnehmer darzulegen hat. Positiv wird man den Nachweis fordern müssen, daß er seine Sorgfaltspflichten im Umgang mit dem Medium Btx erfüllt hat, und negativ, daß die Erklärung via Btx nicht von ihm stammen könne.¹⁸⁹⁾

C) Haftung für technisch bedingte Störungen im Btx-System

Bei der automatisierten Bearbeitung der via Btx getätigten Rechtsgeschäfte kann es zu Störungen im Bereich der EDV-Anlage des Btx-Anbieters kommen, die nicht auf einem menschlichen Fehler auf Seiten des Btx-Anbieters beruhen; es geht insbesondere um Defekte im Bereich der Hardware.¹⁹⁰⁾ Es wird vielfach als ungerecht empfunden, daß allgemein der Betreiber einer automatisierten Anlage, hier also der Btx-Anbieter für Fehlleistungen dieser

188) vgl hierzu die Bildschirmtext-Kundenbedingungen der Banken.

189) Z.B. Nachweis eines Alibis zum fraglichen Zeitpunkt.

190) Vgl. die Aufzählung bei Köhler, a.a.O., S. 158.

Anlage, durch die der Benutzer einen Schaden erleiden kann, nicht haftet, wenn er ein Verschulden auf seiner Seite auszuschließen vermag.¹⁹¹⁾

Für den Btx-Verkehr gilt zunächst die Besonderheit, daß das System, das die Verbindung zwischen Anbieter und Teilnehmer herstellt, von einem Dritten, nämlich der Deutschen Bundespost zur Verfügung gestellt wird. Soweit die Btx-Anbieter auf das System genausowenig Einfluß haben wie die Teilnehmer, haften sie auch nicht für in diesem Bereich auftretende Störungen.¹⁹²⁾

Der "Ruf nach der verschuldensunabhängigen Haftung"¹⁹³⁾ gilt also nur für Fehlleistungen der eigenen EDV-Anlage des Btx-Anbieters, die nicht auf menschliches Versagen, für das der Anbieter einzustehen hat, zurückzuführen ist. Der Bereich, in dem eine verschuldensunabhängige, garantieähnliche Haftung erforderlich werden kann, ist somit relativ eng. - Die Argumente, die für eine verschuldensunabhängige Haftung ins Feld geführt werden, sind bekannt;¹⁹⁴⁾ dogmatisch begründet wird diese Haftung unmittlbar mit § 242 BGB bzw. einer Analogie zu § 278 BGB.¹⁹⁵⁾

Die Problematik ist nicht Btx-spezifisch; eine ins einzelne gehende Untersuchung ist deshalb hier nicht erforderlich. Bemerkt sei nur soviel: De lege lata ist eine generelle, verschuldensunabhängige Einstandspflicht für die Fehlleistung technischer Geräte (die statt menschlicher Hilfskräfte zum Einsatz gelangen) dogmatisch nicht

191) Köhler, a.a.O., S. 157 m.w.Nachw. und R. Schmidt, AcP 166, S. 22 ff. für die automatisierten Rechtsvorgänge im allgemeinen; Borsum/Hoffmeister, a.a.O. S. 1444, und Hellner, a.a.O., S. 277 speziell für den Btx-Verkehr.

192) Hellner, a.a.O.; Borsum/Hoffmeister, a.a.O.

193) Köhler, a.a.O.

194) Vgl. die Zusammenstellung bei Köhler, a.a.O.; R. Schmidt, a.a.O. S. 23 f.

195) Köhler a.a.O., S. 158.

vertretbar. § 278 BGB ist insoweit nicht analogiefähig, weil die Interessenlagen nicht vergleichbar sind. Verursacht eine menschliche Hilfskraft ohne Verschulden einen Schaden, so haftet der Geschäftsherr nicht; der bloße Vorwurf, eine Hilfskraft eingesetzt zu haben, begründet allein nach § 278 BGB keine (Zurechnung der) Haftung. Deshalb kann auch der bloße Vorwurf des Einsatzes eines technischen Hilfsmittels keine Haftung begründen. Auch kann das technische Versagen dem menschlichen Versagen nicht gleichgestellt werden: § 278 BGB begründet eine Zurechenbarkeit nur für schuldhaftes (vorsätzliches oder fahrlässiges) Versagen der Hilfsperson, das Versagen des technischen Hilfsmittels müßte also ebenfalls in vergleichbarer Weise eingegrenzt werden.¹⁹⁶⁾ Aber nach welchen Kriterien? Es fehlt an jeglichem Anknüpfungspunkten im Gesetz. Eine Analogie zu § 278 BGB würde also entweder zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen oder aber die Unterscheidung von Verschuldens- und Verursachungshaftung beseitigen. Aus den gleichen Gründen scheidet auch § 242 BGB als dogmatische Grundlage aus.

Ob de lege ferende die Einführung einer verschuldensunabhängigen Vertragshaftung für das Versagen von technischen Hilfsmitteln - etwa in Form eines von Köhler¹⁹⁷⁾ vorgeschlagenen § 276 I 3 BGB - wünschenswert ist, erscheint äußerst zweifelhaft: In den meisten Fällen beruht technisches auf menschliches Versagen, die Verschuldenshaftung greift insoweit ein und für die verbleibenden Fälle hat sich zumindest bisher in der Praxis kein dringendes Bedürfnis gezeigt

- - - - -
196) Weil sonst der Unterschied zwischen Verschuldens- und Verursachungshaftung vollständig verwischt würde, vgl. Köhler, a.a.O., S. 168; diese Entscheidung muß aber dem Gesetzgeber vorenthalten bleiben;

197) Köhler, a.a.O., S. 169

Derzeit trifft den Betreiber einer Btx-Anlage keine Haftung, wenn ihm der Nachweis gelingt, daß ihn an der technischen Störung kein Verschulden trifft.¹⁹⁸⁾

Die Kreditinstitute haben im übrigen in ihren Sonder-AGB für Btx-Kunden ihre Haftung für technische Defekte auf grobes Verschulden - zulässig gemäß § 11 Nr. 7 AGBG - begrenzt.

198) Zur Beweislastverteilung vgl. Palandt, § 282 Anm. 2; Köhler, a.a.O., S. 166 f.

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Bedienunswidrig herbeigeführter Geld-
 auswurf bei einem Glücksspielautomaten,
 JuS 83, S. 101 ff.
- Arzt, Strafrecht, Besonderer Teil, Lehrheft 3
 Vermögensdelikte, 1978
- Bartl, Aktuelle Rechtsfragen des Bildschirm-
 textes, DB 82, S. 1097 ff.
- Bögner, Der Kaufabschluß im Selbstbedienungs-
 laden, JR 53, S. 417 ff.
- Boehmer, Realverträge im heutigen Recht, ArchBürgR
 38, S. 314 ff.
- Börner, Faktische Verträge im Energierecht, in FS
 für Nipperdey I 1965, S. 185 ff.
- Borchert/
Hellmann "Tanken ohne zu zahlen" - eine
 Problemklärung in Sicht?, NJW 83, S. 2799
 ff.
- Borsum/Hoff- Bildschirmtext und Bankgeschäfte, BB 83,
meister, S. 1441 ff.
- Brinckmann, Vertragsrechtliche Probleme bei Warenbe-
 stellungen über Bildschirmtext, BB 81,
 S. 1183 ff.
- Bürke, Der Warenautomat im Schweizerischen
 Recht, 1967.

- Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971.
- Carlsson, Nochmals: Kaufabschluß im Selbstbedienungsladen, JR 54, S. 253 ff.
- Der Kleine Stowasser, lateinisch-deutsches Schulwörterbuch, 1971
- Deutsche Bundespost, Bildschirmtext, Beschreibung und Anwendungsmöglichkeiten, 1977.
- Deutscher, NstZ 83, S. 507 ff. (Anmerkung zum BGH-Urteil v. 5.5.83).
- Deutscher, Kein Eigentumsdelikt beim Selbstbedienungstanken ohne zu Zahlen?, JA 83, S. 125 ff.
- Diederichsen, Wandlungen der Rechtsgeschäftslehre, JurA 69, S. 3 ff.
- Dietlein-Rebmann, Kommentar zum AGB-Gesetz, 1976
- Dietrich, Der Kauf im Selbstbedienungsladen, DB 72, S. 957 ff.
- Dreher, MDR 52, S. 563 ff. (Anmerkung zum BGH-Urteil v. 22.3.52)
- Dreher/Tröndle, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 41. Auf. 1983.
- Duden, Band 5, Fremdwörterbuch, 1974.

- Enneccerus- Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band
Lehmann, II, Recht der Schuldverhältnisse, 1954.
- Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1.
Band, 1899/1900.
- Erman, BGB-Handkommentar, 7. Aufl. 1981.
- Esser/Schmidt Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 6.
Aufl. 1984.
- Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
2.Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl. 1979.
- Gauff, NSTZ 83, S. 505 ff. (Anmerkung zum
BGH-Urteil v. 5.5.83).
- Gottlob/
Strecker Die Btx-Fibel, 1984
- Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941
- Heiseke Erklärungsbewußtsein und Geschäftswille
bei Willenserklärungen, MDR 71, S. 355 ff.
- Hellner, Rechtsfragen des Zahlungsverkehrs unter
besonderer Berücksichtigung des
Bildschirmtextverfahrens, in FS für
Winfried Werner, 1984 ff.,
- Herzberg, Tanken ohne zu zahlen, JA 80, S. 385 ff.
- Herzberg, JR 82, S. 344 f.(Anmerkung zum Urteil des
OLG Düsseldorf v. 15.7.81).

- Herzberg, Verkauf und Übereignung beim Selbstbedienungsladen, NstZ 83, S. 251 ff.
- Herzberg, Zivilrechtliche Verschiebungen zur Schließung von Strafbarkeitslücken, NJW 84, S. 896 ff.
- Hörle, Archiv für Presserecht 77, S. 266 ff.
- Jauernig, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 3. Aufl. 1984.
- Kellmann, Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten, NJW 71, S. 265 ff.
- Klauss-Ose, Kommentar zum Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, 1978
- Kleier, Bildschirmtext - Wirtschaftliche und rechtliche Auswirkungen, WRP 83, S. 534 ff.
- Koch-Stübing, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977.
- Köhler, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182, 126 ff.
- Kreß, Allgemeines Schuldrecht, 1929.
- Lachmann, Ausgewählte Probleme aus dem Recht des Bildschirmtextes, NJW 84, 405 ff.

- Lackner, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 13. Aufl.
1980.
- Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen
Bürgerlichen Rechtes, 6. Aufl. 1983.
- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1,
Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 1982.
- Larenz, Die Begründung von Schuldverhältnissen
durch sozialtypisches Verhalten, NJW 56,
1897 ff.
- Larenz, Sozialtypisches Verhalten als Ver-
pflichtungsgrund, DRiZ 58, 245 ff.
- Lehmann, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 58,
1ff.
- Lieb, Zum Handeln unter fremdem Namen, JuS 67,
106 ff.
- Löwe Kommentar zum AGB-Gesetz, 1977.
- Löwe Neuerungen im Abzahlungsrecht, NJW 74,
2257 ff.
- Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 1982.
- Medicus, Bürgerliches Recht, Eine nach Anspruchs-
grundlagen geordnete Darstellung zur
Examensvorbereitung, 10. Aufl. 1981.
- Meurer, JR 82, 292 ff. (Anmerkung zum Urteil des
BayObLG v. 30.7.81).

- Micklitz, Verbraucherschutz und Bildschirmtext, NJW 82, 263 ff.
- Montrose, Noch einmal in die Bresche: Verkäufe im Selbstbedienungsladen. Eine englische Gerichtsentscheidung, JR 55, 55 f.
- Müller-Graff, Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 77, 249 ff.
- Müller-Using, Rechtsfragen des Bildschirmtextes, DVR Sonderdruck, 197 ff.
- Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1, 2. Aufl. 1984; Band 2, 2. Aufl. 1985; Band 3, 1. Aufl. 1980.
- Musielak, Der ertappte Ladendieb, JuS 77, 531 ff.
- Neumond, Der Automat, AcP 89 (1899), 166 ff.
- Nikisch, Über faktische Vertragsverhältnisse, in FS für Dölle I, 1963, 79 ff.
- Nipperdey, Faktische Vertragsverhältnisse? MDR 57, 129 ff.
- Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 1976.
- Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 43. Aufl. 1984.
- Ranft, Grundfälle aus dem Bereich der Vermögensdelikte, JA 84, 1 ff.

- Recke, Wann ist im Selbstbedienungsladen der Kaufvertrag abgeschlossen? NJW 53, 92.
- Redeker, Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildschirmtextdienst, NJW 84, 2390 ff.
- RGK, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl., Band I 1982; Band II 1. Teil 1976.
- Roxin/
Schünemann/
Haffke, Strafrechtliche Klausurenlehre, 1977.
- Rupp, Bildschirmtext, 1980.
- Schiller, Rechtsverhältnisse des Automaten, 1898.
- Schlegelberger/
Vogels, Bürgerliches Gesetzbuch, I. Band, II. Band, 1939.
- K. Schmidt/v.Olshausen, Automatenrecht, 1972.
- R. Schmidt, Rationalisierung und Privatrecht, AcP 166, 1 ff.
- Schmitt, Der praktische Fall, Strafrecht: Der Benzinhai, JuS 80, 820 ff.
- Schönke/
Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 21. Aufl. 1982.
- Schulte, Zur Möglichkeit stillschweigenden Eigentumsvorbehalts, BB 77, 269 ff.

- Seier, JA 80, 681 f. (Anmerkung zum Urteil des AG Lichtenfels v. 17.3.80).
- Seier, JA 84, 611 ff. (Anmerkung zum Urteil des AG Berlin-Tiergarten v. 31.5.83).
- Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 11. Aufl. 1978; Band 2, 10. Aufl. 1967.
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1. Buch §§ 90-240 1980, 2. Buch §§ 241, 242 AGBG 1983, 2. Buch §§ 433-580a 1978.
- Stehlin, Der Wandel des Verkaufssystems im Detailhandel, 1955.
- Stein, Kommentar zum AGB-Gesetz, 1977.
- Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 13. Aufl. 1985.
- Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Kommentar, 4. Aufl. 1982.
- Weisensee, Die Kreditkarte - ein amerikanisches Phänomen, 1970.
- Wieacker, Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten, in FS für OLG Celle, 1961, 263 ff.
- Wolf, BGB - Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1976.
- Wollschläger, Schadensersatzhaftung von Ladendieben, NJW 76, 12 ff.

Lebenslauf

Am 23. 1. 1959 wurde ich in München geboren. Von 1965 bis 1969 besuchte ich die Volksschule in Baldham, von 1969 bis 1977 das St-Anna-Gymnasium in München (von 1970 bis 1974 eine gesonderte Klasse, sog. Leistungszug, in der der Lehrstoff der Klassen 6 bis 10 in nur vier Jahren behandelt wurde). 1977 legte ich das Abitur im mathematisch-naturwissenschaftlichen Zweig ab. Im Wintersemester 1977/78 begann ich das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität München. Die 1. juristische Staatsprüfung legte ich am 13. 1. 1983 mit der Gesamtnote "gut" (3,00) ab. Am 30. August 1983 wurde ich unter Berufung in das Beamtenverhältnis auf Widerruf zur Rechtsreferendarin ernannt.

Andrea Schmidt

profi

druck GmbH

Adalbertstr. 10 RG
8000 München 40
Telefon 3907 27

